قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣هـ

تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء الخامس

الوديعة - قسم الفيء والغنيمة -
قسم الصدقات - النكاح



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUḤTĀJ FĪ ŠARḤ AL-MINHĀJ

التصنيف : فقه شافعي

Classification: Shafeit jurisprudence

المؤلف : الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان
الأذرعي (ت 783 هـ)

Author : Shihab Addin Abou Al-A[illegible] Ahmad
Bin Hamdan Al-Athro'i (D. [illegible] H.)

المحقق : [illegible]

Editor : Eid M[illegible] Abdolhameed

الناشر : دار الكتب العلمية

Publisher : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280	عدد الصفحات (12 مجلداً)
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2016 A.D - 1437 H.	سنة الطباعة
Printed in : Lebanon		بلد الطباعة : لبنان
Edition : 1st		الطبعة : الأولى

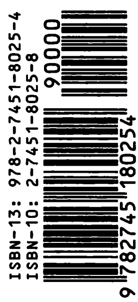
http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

قال الشارح: هي ما يستحفظه مستحقه أو نائبه من الأعيان للغير، مأخوذة مِنْ وَدَعَ الشَّيْءَ يَدَعُ: إِذَا سَكَنَ، فكأنها ساكنة عنده، وقيل: من قولهم: «فُلَانٌ فِي دَعَةٍ» أي: في خفض من العيش، وبما قدَّمناه يخرج العين في يد الملتقط، وما تطيره الريح إلى داره ونحو ذلك، فأدخلت بقولي توصلي إلى المال[1] وغيره من النجاسات المنتفع بها وعبارة كثيرين: هي اسم لعين يضعها المالك، وهي تفهم إخراج النجاسات، ولا أظنه عن قصد.

وَالْأَصْلُ فِيهَا قَبْلَ الْإِجْمَاعِ قَوْله تَعَالَى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾﴾ [النساء: ٥٨] وقوله: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وقول النبي ﷺ: «**أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**»[2] رواه

---

(١) في نسخة: (قولي من المال).

(٢) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٤/ ٣٦٠) وأبو داود (٣/ ٢٩٠، رقم ٣٥٣٥)، والترمذي (٣/ ٥٦٤، رقم ١٢٦٤) وقال: حسن غريب، والحاكم (٢/ ٥٣، رقم ٢٢٩٦) وقال: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي. والبيهقي (١٠/ ٢٧١، رقم ٢١٠٩٢). حديث أنس: أخرجه الطبراني في الكبير (١/ ٢٦١، رقم ٧٦٠) وفي الصغير (١/ ٢٨٨ رقم ٤٧٥) قال الهيثمي (٤/ ١٤٥): أخرجه الطبراني في الكبير والصغير، ورجال الكبير ثقات. والدارقطني (٣/ ٣٥) وأبو نعيم في الحلية (٦/ ١٣٢)، والحاكم (٢/ ٥٣، رقم ٢٢٩٧) وقال: =

قال المصنف: [مَنْ عَجزَ عَنْ حِفْظِهَا حَرُمَ عَلَيْهِ قَبُولُهَا، وَمَنْ قَدَرَ وَلَمْ يَثِقْ بِأَمَانَتِهِ كُرِهَ، ....

أبو داود والترمذي وحسَّنه؛ وَلِأَنَّ بِالنَّاسِ ضَرُورَةً إِلَيْهَا، وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا عَقْدٌ، وَقِيلَ: إِذْنٍ مُجَرَّدٌ.

وقال الإمام: ولا فائدة فقهية لهذا الاختلاف، وردَّ بأنه خرج عليه أشياء منها؛ أن وَلَدَ الْوَدِيعَةِ وَدِيعَةٌ، وأنه إذا شرط فيها شرطًا فاسدًا؛ هل يلغو؟ وغير ذلك مما سيأتي إنْ شاء الله تعالى.

قال: (**مَنْ عَجزَ عَنْ حِفْظِهَا حَرُمَ عَلَيْهِ قَبُولُهَا**)؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُهَا لِلتَّلَفِ، وهذا واضحٌ إذا جهل المالك الدافع حاله، لا ما إذا علم به، فلو أخذها؛ فهل تكون مضمونة بمجرد الأخذ أو لا؟ فيه نظرٌ، والأقرب المنع؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ، نعم، لو أودعه وكيل أو ولي حيث يجوز له الإيداع، ضمن بمجرد الأخذ، فله دفعها، ثم رأيت في «محيط ابن يونس»: التحريم على الفاجر بما إذا ظنَّ المالك به القدرة، ولله المنة.

قال: (**وَمَنْ قَدَرَ، وَلَمْ يَثِقْ بِأَمَانَتِهِ كُرِهَ**) وعبارة «المحرر»: فلا ينبغي أن يقبلها[1].

وقالا: في «الروضة» و«الشرح»: وإنْ كان قادرًا لكن لا يثق بأمانة نفسه؛ فهل يحرم قبولها أو يكره؟ فيه وجهان.

قلت: وَبِالتَّحْرِيمِ أَجَابَ أصحاب «الحاوي» و«المهذب» و«الذخائر»

= على شرط مسلم، ووافقه الذهبي. والبيهقي (١٠/ ٢٧١، رقم ٢١٠٩٣)، والضياء (٧/ ٢٨١، رقم ٢٧٣٨).

حديث أبي أمامة: أخرجه الطبراني (٨/ ١٢٧، رقم ٧٥٨٠)، قال الهيثمي (٤/ ١٤٥): فيه يحيى بن عثمان بن صالح المصري، قال ابن أبي حاتم: تكلموا فيه. والبيهقي (١٠/ ٢٧١، رقم ٢١٠٩٢) وقال: ضعيف.

حديث أبي بن كعب: أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٥).

حديث رجل من الصحابة: أخرجه أحمد (٣/ ٤١٤، رقم ١٥٤٦٢)، وأبو داود (٣/ ٢٩٠، رقم ٣٥٣٤).

(١) انظر: المحرر للرافعي (ص٢٧٨).

فَإِنْ وَثِقَ اُسْتُحِبَّ.

و«المحيط» والرُّويَانِي في «الحلية» وليكن الخلاف فيمن أودع ماله كما سبق، وَإِلَّا فَيَحْرُمُ قَبُولُهَا مِنْهُ قطعًا، وَيَتَّجِهُ أَنْ يُقَالَ: إن غلب على ظنه الخيانة أو علمها من نفسه وعادته حرم، وإن غلب على ظنه الحفظ وأداء الأمانة فلا، وإن تردد على السَّواء؛ فوجهان.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن للخلاف التفات على الخلاف، فيما إذا خاف الخيانة؛ هل يجوز الالتقاط؟ وقد ترتبت طرق خوف الخيانة فوق عدم الوثوق بالأمانة.

قال: ويظهر أن هذا كله فيما إذا أراد قبولها من غير إطلاق المالك على الحال؛ بأن أطلقه فرضي بذلك؛ فَلَا تَحْرِيمَ وَلَا كَرَاهَةَ، وكذا محل ذلك إذا لم يتعين القبول، فإن تعين فقد يقول عند الخوف به أيضًا، كما في ولاية القضاء، انتهى.

وهذا كله في المتردد، ولا ترجيح عنده كما أشرت إليه.

قال: **(فَإِنْ وَثِقَ)** أي: بأمانة نفسه عليها، وقدرته على حفظها.

(اُسْتُحِبَّ) في صحيح مسلم: «**وَاللهُ فِى عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِى عَوْنِ أَخِيهِ**»[(١)] ولأنه من الإحسان المأمور به في السنة والقرآن.

قال أصحابنا: فإن لم يكن هناك غيره، وخاف تلفها لو تركها؛ لزمه القبول.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا بَيَّنَهُ السَّرَخْسِيُّ، وهو أَنَّهُ يَجِبُ أَصْلُ الْقَبُولِ دُونَ أَنْ يُتْلِفَ مَنْفَعَةَ نَفْسِهِ، وَحِرْزِهِ فِي الْحِفْظِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ، انتهى.

وقال ابن أبي عصرون في «مرشده»: لا يجوز له في هذه الحالة أخذ الأجرة على الحفظ؛ لِأَنَّهُ صَارَ وَاجِبًا عَلَيْهِ، ويجوز له أخذ أجرة مكانها، وجزم في تنبيهه بأنه لا يجوز أخذ الجعل عليها.

قال ابن الرِّفْعَة: وللخلاف التفات على الخلاف فيما إذا تعين عليه إنقاذ

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٥٢، رقم ٧٤٢١)، ومسلم (٤/ ٢٠٧٤، رقم ٢٦٩٩)، وأبو داود (٤/ ٢٨٧، رقم ٤٩٤٦)، والترمذي (٥/ ١٩٥، رقم ٢٩٤٥)، وابن ماجه (١/ ٨٢، رقم ٢٢٥)، وابن حبان (٢/ ٢٩٢، رقم ٥٣٤).

وَشَرْطُهُمَا شَرْطُ مُوَكِّلٍ وَوَكِيلٍ.
وَيُشْتَرَطُ صِيغَةُ الْمُودِعِ كَاسْتَوْدَعْتُكَ هَذَا أَوِ اسْتَحْفَظْتُكَ أَوْ أَنَبْتُكَ فِي حِفْظِهِ.
وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا وَيَكْفِي الْقَبْضُ.

غريق، فشرط عليه أجرة، هل يستحقها أو تعين عليه تعليم الفاتحة، فأصدقها تعليمها؛ هل يصح؟ والصحيح فيهما: نعم.

تنبيهات: لو أبى قبولها عند نفسه فهلكت أثم، ولم يضمن؛ هَلْ يَجِبُ قَبُولُهَا مِنْ الذِّمِّيِّ كَالْمُسْلِمِ؟ الْأَشْبَهُ: نَعَمْ، وَهَلْ يُلْحَقُ بِهِ الْمُعَاهَدُ وَالْمُسْتَأْمَنُ؟ فِيهِ نَظَرٌ، وقضية قولهم: يتعين على الواجد قبول أن يكون قبولها في هذه الحالة فرض كفاية على الجماعة المفروضة على كل فرد منهم، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف في نَظِيرِهِ مِنْ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَغَيْرِهَا؛ لِئَلَّا يُؤَدِّي التَّوَاكُلُ إلَى تَلَفِهَا.

قال: (**وَشَرْطُهُمَا**) أي: شرط الْمُودِعِ.

(**شَرْطُ مُوَكِّلٍ وَوَكِيلٍ**)؛ لِأَنَّهَا اسْتِنَابَةٌ فِي الْحِفْظِ.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ صِيغَةُ الْمُودِعِ كَاسْتَوْدَعْتُكَ هَذَا أَوْ اسْتَحْفَظْتُكَ أَوْ أَنَبْتُكَ فِي حِفْظِهِ**) أي: ونحوها من الألفاظ الدالة على الاستحفاظ، وهذا في الناطق الحاضر، وتكفي إشارة الأخرس المفهمة، وكذا كنايته، وكناية الغائب فيما أراه، وكذلك الحاضر بالبلد على الأصحِّ كالبيع؛ فأولى[1].

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا، وَيَكْفِي الْقَبْضُ**) كما في «الوكالة» وادَّعى الإمام الاتفاق عليه.

والثاني: يشترط بناءً على أنها عقد.

والثالث: يفرق بين صيغة الأمر كـ «احفظه» والعقد كـ «أودعتك»، كما في الوكالة.

---

(١) أَرْكَانُ الْوَدِيعَةِ بِمَعْنَى الْإِيدَاعِ أَرْبَعَةٌ: وَدِيعَةٌ بِمَعْنَى الْعَيْنِ الْمُودَعَةِ، وَمُودِعٌ، وَوَدِيعٌ، وَصِيغَةٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَى شَرْطِ الرُّكْنِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الْوَدِيعَةُ، ثُمَّ شَرَعَ فِي شَرْطِ الرُّكْنِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ وَهُمَا الْعَاقِدَانِ؛ فَمَنْ صَحَّتْ وَكَالَتُهُ صَحَّ إيدَاعُهُ، وَمَنْ صَحَّ تَوْكِيلُهُ صَحَّ دَفْعُ الْوَدِيعَةِ إلَيْهِ، فَخَرَجَ اسْتِيدَاعُ مُحْرِمٍ صَيْدًا أَوْ كَافِرٍ مُصْحَفًا وَنَحْوُهُ، انظر: مغني المحتاج (٣/ ٧٩).

وَلَوْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ مَالًا لَمْ يَقْبَلْهُ فَإِنْ قَبِلَ ضَمِنَ.

وقال الْمُتَوَلِّي: الخلاف يلتفت على أن النظر في العقود إلى اللفظ والمعنى، وهذا في الناطق، أما الأخرس؛ فكما سبق.

إشارات: قوله: «وَيَكْفِي الْقَبْضُ» قد يفهم أَنَّهُ لَا بُدَّ فِي الْمَنْقُولِ مِنْ النَّقْلِ، والذي في «التهذيب» وغيره: أنه لو جاءه، فقال: هَذَا وَدِيعَتِي أَوْ احْفَظْهُ، فَقَالَ: قَبِلْتُ أَوْ قال: ضَعْهُ؛ كَانَ إِيدَاعًا، وقال الْمُتَوَلِّي: لا يكون إيداعًا ما لم يقبضه.

وفي «فتاوى الْغَزَالِيّ»: أنه إن كان الموضع في يده، فقال: ضعه دخل المال في يده، وإن لم يكن، فإن قال: انظر إلى متاعي في دكاني فقال: نعم، لم يكن وديعة، فلا يضمن بتركها، انتهى.

وفي «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو رقد في المسجد، ووضع متاعه بين يديه، وقال لرجل: احفظها، فقال: نعم، فقام الحافظ فسرقت ضمن؛ لأنه ضيَّعها بقيامه، كما لو ترك باب البيت مفتوحًا، ثم قال لآخر: احفظ البيت فضيع؛ ضمن.

قال الْقَفَّالُ: ولو كان قاعدًا في المسجد، فجاء رجل ووضع متاعًا، وقال: انظر إليه، فجاء إنسان ودفعه، فإن أمكن الحافظ دفعه، فلم يفعل، نُظِرَ، إنْ قال: احفظ ضمن، وإنْ سكت؛ فلا، وهذا أصحُّ من تفصيل الْغَزَالِيِّ.

وقَضِيَّةُ كَلَام الشَّيْخَيْنِ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ لَفْظِ ائْتِمَانٍ مِنْ الْمُودِعِ النَّاطِقِ، ويشبه أَنْ يُقَالَ: الشَّرْطُ وُجُودُ اللَّفْظِ مِنْ أَحَدِهما، وَالْفِعْلِ مِنَ الْآخَرِ بِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، فَلَوْ قَالَ: أعطني هذا لأحفظه لك، أَوْدِعْنِيهِ لئلا يضيع، ونحو هذا، فَدَفَعَهُ إليه كَفَى، ومن جوَّز المعاطاة في البيع يكتفي هنا بالإعطاء والأخذ مع القرينة الدالة على الاستحفاظ بلا شك.

قال: **(وَلَوْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ مَالًا لَمْ يَقْبَلْهُ)** لأن إيداعهما كالعدم.

(فَإِنْ قَبِلَ ضَمِنَ) لا ممنوعًا من قبضه منه، لكن لو خاف هلاكه، فأخذه على وجه الحِسبة؛ صونًا لم يضمنه على الأصح، كذا أطلقه في «الروضة».

وقال الدارميُّ: لو أودع مراهق رجلًا وديعة لغيره، ضمنها المودع، وإن

وَلَوْ أَوْدَعَ صَبِيًّا مَالًا فَتَلِفَ عِنْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ.

كانت للصبي فأخذها ليحفظها ضمن، وإن أخذها ليعطيها الحاكم أو وليّه فوجهان، وإن ردَّها إليه ضمن جزمًا، والظاهر أنه لو علم أنها لغيره، وأنه استولى عليها بغير إذنه، فأخذها منه للردِّ، على المالك أن يجري فيها الخلاف في الأخذ من الغاصب للردِّ، والأصحُّ المنع، وإذا جوَّزنا الأخذ للردِّ، فادَّعى ذلك، ونازعه الولي أو المالك، وقال: بل أخذتها منه للحفظ، هل يصدق؟ فيه نظرٌ!

وهذا التنازع إنما يجيء عند التلف أو النقص أو في طلب الأجرة، إذا مَضَى زَمَنٌ لِمِثْلِهِ أُجْرَةٌ.

فرع: لَوْ أَتْلَفَ الصَّبِيُّ وَدِيعَةَ نَفْسِهِ من غير تَسْلِيطٍ مِنْ أمينه، برئ أمينه منها؛ لتعذر إحباط فعل الصبي، وَتَضْمِينُهُ مَالَ نَفْسِهِ، ذكره الرَّافِعِيُّ فِي «كتاب الْجِرَاحِ»، وأبداه ابن الرِّفْعَة بحثًا.

قال: **(وَلَوْ أَوْدَعَ صَبِيًّا مَالًا فَتَلِفَ عِنْدَهُ)** أي: بتفريط أو غيره.

(لَمْ يَضْمَنْ)؛ إذ ليس عليه حفظه.

(وَإِنْ أَتْلَفَهُ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ) لأنه لم يسلطه على إتلافه، فأشبه ما لو أذن له في دخول بيته؛ لنقل شيء فأتلف غيره.

والثاني: لَا، كَمَا لَوْ بَاعَهُ شَيْئًا وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ، والفرق أنه هنا تَسَلَّطَ عَلَى التَّصَرُّفِ.

تنبيهات: قالا في «الروضة» و«الشرح»: فيه قولان، ويقال: وجهان.

قلت: وكذا نقلهما العراقيون، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا فِيمَا إِذَا أَوْدَعَهُ الْمُطْلَقُ التَّصَرُّفِ مَالَهُ، فَإِنْ كَانَتْ لِغَيْرِهِ دَخَلَتْ فِي ضَمَانِهِ بِالِاسْتِيلَاءِ بِمُجَرَّدِهِ، كَمَا لَوْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ سَفِيهٌ مَحْجُورٌ أَوْ غَاصِبٌ أَوْ نَحْوُهُ، ولا شكَّ في ضمانه بالإتلاف، والحالة هذه، وخصص بعضهم الخلاف صورة الكتاب بغير القتل، أما لو كان عبدًا فقتله ضمنه قطعًا.

قلت: إن صحَّ هذا جاز مثله في البغل والحمار، وكل ما لا يؤكل من

وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَصَبِيٍّ.

الحيوان، وسيأتي أنا إذا قلنا: إنَّ الوديعة عقد لم يضمن الصبي، أو مجرد ائتمان ضمن، وذكر الشيخان أن الموافق لإطلاق الأكثرين أنها عقد، وقضية ترجيح عدم الضمان هنا عكس ما رجحه.

قال: (**وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَصَبِيٍّ**) أي: وفي جميع ما سبق في إيداعه، والأخذ منه حسبةً، والإيداع عنده، وَتَضْمِينِهِ بِإِتْلَافِهِ أيضًا، كما صرَّح به الْمَاوَرْدِيُّ لما سبق من التوجيه.

إشارة: قوله: «وَإِنْ أَتْلَفَهُ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ» أي: حِسًّا أَوْ حُكْمًا كما سبق بيانه، ولَوْ طَرَأَ سَفَهُ رَشِيدٍ، وَلَمْ يَتَّصِلْ بِهِ حَجْرُ حَاكِم؛ فَهَلْ يُبْنَى إِيدَاعُهُ وَالْإِيدَاعُ مِنْهُ عَلَى الْخِلَاف فِي تَصَرُّفَاتِهِ؟ أَوْ أَنَّهُ كَالْمَحْجُورِ أَوْ كَالرَّشِيدِ؟ لَمْ أَرَ فِيهِ شَيْئًا.

فرع: إيداع العبد بإذن سيده إيداع لسيده، قاله القاضي الحسين، وفيه شيءٌ، وإنْ أودع العبد مالًا لسيده بغير إذن ضمنه أخذه، وإنْ جهل عدم إذنه.

قال الجرجاني وغيره: ولا يبرأ إلا بالردِّ على السيد، وبه أفتى الْبَغَوِيُّ، وجزم في «الذخائر» ببراءته بالردِّ عليه أيضًا؛ لأن يده كيد سيده.

وأطلق الرَّافِعِي أنه إذا أتلف عنده ما أودعه لم يضمنه، وقال الجرجاني وغيره: إِلَّا أَنْ يُفَرِّطَ، قال: ولا يفارق الصَّبِيَّ إِلَّا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ؛ فَإِنَّ الصَّبِيَّ لَا يَضْمَنُ، وَلَوْ فَرَّطَ، انتهى.

ويشبه أن يكون هذا في العبد الرشيد، وإلا فلا يزيد على الحر السفيه المحجور عليه، وإن أتلف العبد ما استودعه تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِرَقَبَتِهِ -وفي قول: بذمته- ويجيء ما ذكرته وغيره من التفصيل.

فائدة: سبق الوعد بها نقلا أن الأصحاب استنبطوا من الخلاف في الصبي والعبد أصلًا، وهو أن الوديعة عقد برأسه أم إذن مجرد؟ إنْ قلنا: عقد، لم يضمن الصبي -أي: والسفيه- ولم يتعلق برقبة العبد، وإن قلنا: إذن فبالعكس، وخرَّجوا عليه، وأن الحيوان المودع، فإن قلنا: عقد، فالولد وديعة كأمه، وإلا

وَتَرْتَفِعُ بِمَوْتِ الْمُودِعِ أَوْ الْمُودَعِ وَجُنُونِهِ وَإِغْمَائِهِ، وَلَهُمَا الِاسْتِرْدَادُ وَالرَّدُّ كُلَّ وَقْتٍ، وَأَصْلُهَا الْأَمَانَةُ.

فأمانة شرعيّة، ثم قالا: والموافق لإطلاق الجمهور كون الوديعة عقدًا.

قلت: وقضية هذا ترجيح عدم التضمين في إتلاف الصبي والسفيه، وأنه لا يتعلق الضمان برقبة العبد، لكن هذا الأصل ذكره القاضي الحسين وأتباعه، وفي «البسيط» بعد ذكره عن القاضي: والأظهر عندي أن هذه المسائل تفرد بتعليلها، انتهى.

وما قاله هو الموجود للأصحاب غير من ذكرنا، وللخلاف فوائد أُخر:

منها: لو أودع وشرط شرطًا فاسدًا، إن قلنا: عقدًا أفسدها، ولا بدَّ من ائتمان جديد، وإلا فكما لو أطارت الريح ثوبًا إلى داره، وإنْ قلنا: ائتمان فالشرط لاغٍ، قاله الإمام.

ومنها: فيما يظهر، ولم أره نقلا أنه لو أمره بإيداعها وأطلق، إنْ قلنا: عقد فكما مرَّ في الوكالة، أو إذن خرج من البين والتسليم.

قال: **(وَتَرْتَفِعُ بِمَوْتِ الْمُودِعِ أَوْ الْمُودَعِ وَجُنُونِهِ وَإِغْمَائِهِ)** لأنها وكالة في الحفظ، وهذا حكم الوكالة.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن يأتي في الحيوان، والإغماء ما سلف في الوكالة، وهو كما قال فيه الجرجاني: الإغماء بإغماء المرض، وترتفع أيضًا بِالْجُحُودِ الْمُضَمَّنِ، وَبِالْإِقْرَارِ بِهَا لِآخَرَ، وَبِنَقْلِ الْمَالِكِ الْمِلْكَ فِيهَا بِبَيْعٍ وَنَحْوِهِ، وبالحجر على أحدهما بالسفه، وكذا بعزله نفسه على الأصح، فيصير كَثَوْبٍ أَلْقَتْهُ الرِّيحُ إليه.

قال: **(وَلَهُمَا الِاسْتِرْدَادُ وَالرَّدُّ كُلَّ وَقْتٍ)** أما الْمُودِعِ؛ فلأنه المالك أو خليفته، وأما المودَع؛ فلِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِالْحِفْظِ.

قلت: ويظهر أنه إذا تعيَّن عليه الحفظ كما سبق، ولا ضرر عليه في بقائها عنده؛ أنه ليس له الرد عند طلب المالك ونحوه، وكذلك لو ردَّها لزمه قبولها.

قال: **(وَأَصْلُهَا الْأَمَانَةُ)** أي: بالإجماع، وما صححه ابن حزم من أن

وَقَدْ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِعَوَارِضَ: مِنْهَا أَنْ يُودِعَ غَيْرَهُ بِلَا إِذْنٍ وَلَا عُذْرٍ، فَيَضْمَنُ. وَقِيلَ: إِنْ أَوْدَعَ الْقَاضِيَ لَمْ يَضْمَنْ، ....

عمر رضي الله عنه ضمَّن الوديعة[1] فحمله البيهقيُّ وغيره على حالة التعدي[2].

قال: (**وَقَدْ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِعَوَارِضَ**) أي: عشرة، كما قاله بعض الشارحين، وهي في الكتاب[3] وسأبيِّن ذلك بما فيه.

قال: (**مِنْهَا أَنْ يُودِعَ غَيْرَهُ بِلَا إِذْنٍ وَلَا عُذْرٍ، فَيَضْمَنُ**)؛ لِأَنَّ الْمُودِعَ لَمْ يَرْضَ بِأَمَانَةِ غَيْرِهِ وَلَا بيدِهِ، وسواء في ذلك الغير عبده وزوجته وابنه والأجنبي، وعند أبي حنيفة وأحمد: إذا أودعها من عليه نفقته من ولدٍ وعبدٍ وزوجةٍ لم يضمن، ووافقهما مالك في الزوجة.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ أَوْدَعَ الْقَاضِيَ**) أي: العدل الأمين.

(**لَمْ يَضْمَنْ**)، ولا خفاء أن إرادة السفر، والخوف عليها، والمرض أعذار، ولا فرق بين سفر الضرورة وغيره على الصحيح، نعم، ينبغي أن يكون مباحًا.

وأشار في «الذخائر» إلى أن ثقل الحفظ عليه ويستأمنه من الأعذار.

إذا عرفت هذا؛ فقد أجرى الرَّافِعِي والمصنف هذا الخلاف مع حضور المالك أو نائبه، وهو ضعيف، ونقل القاضي أبو الطيب في «المجرد» اتفاق الأصحاب على تضمنه في هذه الحالة، وهو قضية كلام الجمهور من الفريقين،

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ١٨٢).

(٢) أي أَنَّ الْأَمَانَةَ مَقْصُودَةٌ مِنْهَا بِحَسَبِ وَضْعِهَا الْأَصْلِيِّ، وَلَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ كَمَا فِي الرَّهْنِ، وَمَالِ الْقِرَاضِ، وَأَشْجَارِ الْمُسَاقَاةِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، بَلْ هِيَ مَقْصُودَةٌ فِيهَا، سَوَاءٌ أَكَانَتْ بِجُعْلٍ أَمْ لَا كَالْوَكَالَةِ، وَلِأَنَّ الْمُودَعَ يَحْفَظُهَا لِلْمَالِكِ فَيَدُهُ كَيَدِهِ، وَلَوْ ضَمِنَ لَرَغِبَ النَّاسُ عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ، انظر: تحفة المحتاج (٢٨/ ٢٩٠).

(٣) قد نَظَمَهَا العلامة الدَّميريُّ؛ فَقَالَ:

عَوَارِضُ التَّضْمِينِ عَشْرٌ وَدْعُهَا ... وَسَفَرٌ وَنَقْلُهَا وَجَحْدُهَا
وَتَرْكُ إِيصَاءٍ وَدَفْعُ مُهْلِكِ ... وَمَنْعُ رَدِّهَا وَتَضْيِيعٌ حُكِي
وَالِانْتِفَاعُ وَكَذَا الْمُخَالَفَهْ ... فِي حِفْظِهَا إِنْ لَمْ يَزِدْ مَا خَالَفَهْ

انظر: إعانة الطالبين (٣/ ٢٨٥).

....

ويفهم تخصيص الخلاف غيبة المالك أو وكيله وعللوا هذا الوجه؛ بأن القاضي نائب الغائبين، فإن ثبت الخلاف حصل ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز له تسليمها إلى القاضي مطلقًا؛ لأن أمانته أظهر.

والثاني: رجحاه عكسه؛ لأنه مع حضور المالك أو وكيله لا ولاية للقاضي عليه، ومع غيبتهما فلا ضرورة بالمودع إليه، ولم يرض المالك بيد غيره.

والثالث: أنه إنْ كان المالك حاضرًا أو نائبه ضمن، وإلا فلا، وبه جزم جماعة منهم ابن الصباغ.

وكلام «الذخائر» يقتضي ترجيحه، وهو قضية ما في «البسيط» وغيره، والأصح عندي، فإن ألزمناه فضامن حفظها، ولا سيما مع طول غيبة ربها، وتوقع المهلكات بعيد مفضٍ إلى الامتناع من قبول الأمانات، وأيضًا فالحاكم الثقة نائب الغائب بخلاف الحاضر، فأشبه النائب الحاضر، وإذا كان له فسخ الوديعة، وعزل نفسه بقيت أمانة شرعيّة، فيردها عند غيبة ربها ووكيله إلى الحاكم الأمين، وأما غيره فيدفعها إليه مضمن مطلقًا.

واعلم أنهم هنا ذكروا ما سبق، ونقل القاضي أبو الطَّيب وابن الصَّباغ، وغيرهما في الرهن أن العدل إذا أَرَادَ دَفْعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ أَوْ أَمِينُهُ عِنْدَ غَيْبَةِ الرَّاهِنِ مِنْ غَيْرِ أن يريد سفر أو لا ضرورة أَنَّهُ يُنْظَرُ، فَإِنْ كَانَتْ غَيْبَتهما طَوِيلَةٌ، وَهِيَ مَسَافَةُ الْقَصْرِ؛ فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَقْبِضُهُ عَنْهُمَا، وَلَا يُلْجِئُهُ إِلَى حِفْظِهِ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاكِمًا أَوْدَعَهُ أَمِينًا، وَإِنْ قَصُرَتْ الْمَسَافَةِ، فَكَمَا لَوْ كَانَا حَاضِرِينَ، وكذا نقل الإمام هناك، ثم قال: ولا يبعد عندنا اعتبار مسافة العدوى حتى يقال: إنْ كانا على مسافة العدوى، فلا بدَّ من مراجعتها، وإن كانا فوقها؛ ففيه تردد، انتهى.

وقال الدَّارميُّ والْمَاوَرْدِيُّ هناك: وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَعْذُورٍ، وكَانَ سَفَرُهُمَا طَوِيلًا؛ رَفَعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ ليعدله، وإنْ كان دون مسافة القصر أَمَرَهُ الْحَاكِمُ بِتَرْكِهِ فِي يَدِهِ، وَأَنْفَذَ إِليهما لِيَخْتَارَا عَدْلًا، يُوضَعُ بيَدِهِ، فَإِنِ اخْتَارَا فذاك، وإلا اخْتَارَ الْحَاكِمُ عَدْلًا، وَأَمَرَهُ بِتَسْلِيمِه إِلَيْه.

وَإِذَا لَمْ يُزِلْ يَدَهُ عَنْهَا جَازَتْ الِاسْتِعَانَةُ بِمَنْ يَحْمِلُهَا إِلَى الْحِرْزِ أَوْ يَضَعُهَا فِي خِزَانَةٍ مُشْتَرَكَةٍ.

قال ابن الرِّفْعَة بعد نقله ما قدمته: وَهَذَا بِعَيْنِهِ يَتَّجِهُ جَرَيَانُهُ هُنَا، إِذْ لَا يَظْهَرُ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، كما حكيناه عن رواية الإمام من قبل عن الأصحاب عند إرادة المودع سفر الحاجة، ولهذا أحال الرَّافِعِي الكلام في مسألة الرهن على إيداع الوديعة.

قلت: والرَّافِعِيُّ متبعٌ في ذلك الغزالي، وما ذكره ظاهر إذا كانا قد استقلا بالتعديل من غير دخول الحاكم فيه، أما لو عدله الحاكم عند تنازعهما فلا، وقد قال الجوري هناك: لو أراد العدل السفر فأودع ضمن، بخلاف المودع إذا أراد السفر مع القدرة على الحاكم فأودع لا يضمن؛ لأن لِلْحَاكِمِ مَدْخَلًا فِي الرَّهْنِ بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ، انتهى.

وهذا يصلح أن يكون فارقًا بين البابين؛ لكن بالنسبة إلى الحاكم خاصةً، فقد صرَّح من ذكرناه بالإيداع من غيره عند فقده، ثم إن كلام الجوري يفهم أن أمر الرهن أضيق من الوديعة، وقضيته أن كل ما جاز للعدل، كان للمودع أجوز، والله أعلم.

فرع: لو أكره على حفظ الوديعة فأخذها؛ لزمه حفظها، وإن تركها ضمن، فإن لم يرد حفظها سلَّمها إلى الحاكم؛ ليبرأ من الحفظ والضمان إذا كان المالك ممتنعًا من أخذها، قاله الْمَاوَرْدِيُّ، ويجب الجزم هنا بجواز دفعها إلى الحاكم الأمين عند غيبة المالك وتواريه، ولا يجيء فيه الخلاف فيما إذا لم يكن للمودع عذر من سفر أو غيره، وما ذكره يأتي فيما لو استودع مختارًا، ثم ردَّها على مالكها، فأبى قبولها وسافر، نعم، لو كان قد تعين عليه حفظها وأخذها في صورة الإكراه، فقد يقال: هو كالإكراه بحق، فيكون كالأخذ اختيارًا، وهذا ظاهر إذا أكرهه الحاكم، أما لو أكرهه المالك ونحوه، ففيه نظر؛ فتأمله.

قال: (**وَإِذَا لَمْ يُزِلْ يَدَهُ عَنْهَا جَازَتْ الِاسْتِعَانَةُ بِمَنْ يَحْمِلُهَا إِلَى الْحِرْزِ أَوْ يَضَعُهَا فِي خِزَانَةٍ مُشْتَرَكَةٍ**) أي: بين المعين والمودع؛ لأن العادة جرت بذلك، قالوا: ولأنه ما أخرجها من يده، ولا فوَّض أمرها إلى غيره، وفي كونه لم

وَإِذَا أَرَادَ سَفَرًا فَلْيَرُدَّ إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ فَإِنْ فَقَدَهُمَا فَالْقَاضِي فَإِنْ فَقَدَهُ فَأَمِينٌ.

يخرجها من يده نظر، إذا لم يكن يد المستعان به كيده، وكان من حقِّ المصنف أن يقول: أنه إذا لم تزل يده عنها، ولا نظره عنها، كما صرَّحا وغيرهما به، وأصله قول ابن سُرَيْج: أنه إذا استعان بزوجته أو خادمه في حفظ الوديعة، ولم يغب عن بصره جاز، وتابعوه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي تعليق القاضي الحسين: أنه إذا فعل ذلك من غير ضرورة ضمن، ولعله محمول على ما إذا فعله، وترك الملاحظة، فإن الإمام حكى في هذه الحالة ترددًا، فإنَّ الفورانيَّ صرَّح بالمنع، وأن الذي يشعر به فحوى كلام الأئمة الجواز، أما مع الملاحظة؛ فلا وجه للمنع.

قال الإمام: ولو كان الموضع خارجًا عنه، وكان لا يلاحظها أصلًا، وفوَّض إلى متصل به كخادمه؛ فالظاهر تضمينه، انتهى.

وقد يقال: مع الملاحظة إذا لم يكن يد المعين كيده، فيه تعريض للتضييع؛ لأنه لو نازعه المعين فيها، قضينا له بحكم اليد، ثم مقتضى كلام المصنف غيره، وفي «فتاوى الْقَفَّالِ» ما يشعر بأن ذلك في الشيء الثقيل الذي لا يمكنه حمله بنفسه وغيره، وأظن ما سبق عن القاضي من كلام شيخه هذا، ولا يكون مراده ما ذكره ابن الرِّفْعَة، ويحتمل أن يفرق بين من يعتاد حمل الشيء بنفسه وبين غيره، وإنْ كان حقيقًا عملا بالعرف.

قال: (**وَإِذَا أَرَادَ سَفَرًا**) وإن قصر، أي: لضرورة أو غيرها على الصحيح.

قال: (**فَلْيَرُدَّ إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ**) أي: في قبضها بخصوص أو عموم، وفي حكمه ولي من حجر عليه لِجُنُونٍ أَوْ طَرَأَ سَفَهٍ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ.

(**فَإِنْ فَقَدَهُمَا فَالْقَاضِي**) لا غير الأمين، أما غيره فكالعدم، وصرَّح به الأصحاب، ويلزم الحاكم قبولها، وَيَلْزَمُهُ الْإِشْهَادُ عَلَى نَفْسِهِ بِقَبْضِهَا، قاله الْمَاوَرْدِيُّ. وقيل: لا يلزمه قبولها إذا لم يكن السفر لحاجة، ولا خفاء أنه لو أمره بدفعها إلى أمين كفى، ولا يتعين عليه أن يسلِّمها بنفسه.

قال: (**فَإِنْ فَقَدَهُ، فَأَمِينٌ**) أي: فقد الحاكم الأمين، أي: يأتمنه المودع،

....

وكذا غيره في الأصح؛ لِئَلَّا يَتَضَرَّرَ بِتَأْخِيرِ السَّفَرِ، وهل يجب عليه الإشهاد على الأمين فيه وجهان.

تنبيهات: قال في «الروضة»: فإن ترك هذا الترتيب، فدفعها إلى الحاكم أو أمين، مع إمكان الدفع إلى الحاكم أو وكيله؛ ضمن، ويجيء في الحاكم الخلاف السابق، وإن دفع إلى أمين مع القدرة على الحاكم؛ ضمن على المذهب. وعبارة الرَّافِعِي: فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن خيران والإصطخري يضمن.

والثاني: لا يضمن، وبه قال أبو إسحاق، وذكر الرُّويَانِيُّ أنه ظاهر المذهب؛ لكن الشيخ أبا حامد رجح الأول، وبه قال الْبَغَوِيُّ وغيره، ثم حكى طريقين متقابلين.

قلت: وما نسبه إلى ترجيح أبي حامد نظر، فإن في «الشامل» عنه أنه صحح في «التعليق» عدم الضمان، وفي «البيان» أنه اختيار الشيخ أبي حامد، وقال الْبَنْدَنِيجِي: إنه المذهب، وصححه المحامليُّ في «المقنع»، وظاهر كلام سليم في «المجرد» وغيره ترجيحه، وهؤلاء الثلاثة أجل أصحابه، وقلَّ أن يخالفوه في ترجيح، وإنْ فعلوا ذلك نبَّهوا عليه.

وبعدم الضمان أجاب الجويني في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «خلاصته»، وصاحب «المعتبر»، ورجَّحه الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، وهو ظاهر نص «الأم» أو قضيته، حيث قال: فإن كان غائبًا، فأودعها ممن يودعه ماله، ممن يكون أمينًا على ذلك؛ فهلكت لم يضمن.

وقال أبو إسحاق في «الشرح»: هو الظاهر من كلام الشَّافِعِي هاهنا، يعنى: قوله في «المختصر»: وإن لم يكن صاحبها حاضرًا؛ فأودعها أمينًا لم يضمن، وقال أبو إسحاق: وهو مؤتمن على حفظها إذا كان حاضرًا أو على اختيار من يكون عنده، إذا كان غائبًا، هكذا نقله أبو الطيب في «المجرد» عنه بلا مخالفة.

فَإِنْ دَفَنَهَا بِمَوْضِعٍ وَسَافَرَ ضَمِنَ فَإِنْ أَعْلَمَ بِهَا أَمِينًا يَسْكُنُ الْمَوْضِعَ لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ.

وقال الشَّافِعِي في «البويطي»: وإذا استودع وديعة فأراد سفرًا، وكان صاحبها غائبًا، فأودعه ممن يودع متاعه فهلكت؛ لم يضمن، انتهى.

وبما سقناه عن الأئمة والنصوص يتبيَّن لك أن المذهب عدم الضمان.

قال صاحب «المعتبر»: وَهَذَا الخلاف فِي غَيْرِ زَمَانِنَا، أَمَّا فِيهِ فَلَا يَضْمَنُ - يعني: بالإيداع - من ثِقَةٍ مَعَ وُجُودِ الْحَاكِمِ وجهًا واحدًا؛ لِمَا ظَهَرَ مِنْ فَسَادِ الْحُكَّامِ، قاله الْغَزَالِيُّ.

قلت: محل الخلاف إنما هو القاضي الثقة الأمين بلا شك، ولو كان المالك بالبلد ولكنه محبوس لا يصل إليه، فهو كالغائب، ذكره القاضي أبو الطيب وغيره.

قال في «الكافي» بعد الترتيب الذي في الكتاب: وإن لم يكن حاكم فعلى أمين، فإن لم يكن، وَسَلَّمَهَا إِلَى فَاسِقٍ لَا يَصِيرُ ضَامِنًا فِي الْأَصَحِّ، وهو غريب؛ ولعل لفظه غلط من ناقل، نعم، لو اضطر إلى السفر، ولم يجد حاكمًا أهلًا ولا عدلًا أمينًا، وخاف عليها النهب، هل له أن يودعها مَسْتُورًا؟ هذا محل نظر، وإذا أودعها أمينًا يجوز له الإيداع، فهل يلزمه الإشهاد عليه بدفعها إليه فيه وجهان، فإن أوجبناه فتركه ضمن، وإلا فلا، قاله الْمَاوَرْدِيُّ.

وقال في «المغني» بعد أن حكى أن الأصح أنه لا يضمن بإيداعه ثقة مع وجود الحاكم: هذا إذا أشهد وإلا ضمن وجهًا واحدًا.

قال: **(فَإِنْ دَفَنَهَا بِمَوْضِعٍ وَسَافَرَ ضَمِنَ)**؛ لأنه عرَّضها للأخذ، وهذا لا شكَّ فيه مع قدرته على من يأتمنه عليها، **(فَإِنْ أَعْلَمَ بِهَا أَمِينًا يَسْكُنُ الْمَوْضِعَ)** أي: وَهُوَ حِرْزُ مِثْلِهَا.

(لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ)؛ لِأَنَّ مَا فِي الْمَوْضِعِ فِي يَدِ سَاكِنِهِ، وهذا عند فَقْد الْقَاضِي الْأَمِينِ، إذا قدمناه في المسألة، وجعل جاعلون الخلاف مع وجود الأمين، واقتضى كلامهم أنها مسألة واحدة في المعنى، وإن الأصح عدم

....

الضمان فيهما، وهذا حَسَنٌ إذا جعلناه إيداعًا.

وقال الدَّارميُّ: وإن أَعْلَمَ بها أمينًا حيث يجوز الإيداع عنده، ومكَّنه من تحويلها إنْ احتاج؛ لم يضمن، وإنْ أعلمه فحسب؛ فعلى وجهين، انتهى.

قال الرَّافِعِيُّ: ونقل صاحب «المعتمد» وغيره وجهين في أن هذا الإعلام سبيل الإشهاد أم الائتمان أصحهما الثاني؛ فعلى الأول لا بدَّ من رجلين أو رجل وامرأتين، انتهى.

وهو مقتضب من «الحاوي» وعبارته: فعلى الأول لا بدَّ من عدلين أو عدل وامرأتين، ويرى الشاهدان الوديعة عند دفنها ليصح التحمل؛ فإذا فعل ذلك خرج من التعدي، ولا يلزمه أن يأذن للشاهدين في نقلها عند الخوف.

وإن قلنا: بالثاني: كفى إعلام ثقة واحد رجلًا كان أو امرأة، ويجوز ألا يراها، وهل يلزمه أن يأذن له في نقلها إن حدث بمكانها خوف أم لا فيه وجهان، فإن أوجبناه فتركه ضمن، وإن لم يوجبه بنقلها المؤتمن عند الخوف؛ ففي ضمانه وجهان من اختلافهم على هذا الوجه في أن إعلامه بها على هذا الوجه يجري مجرى الخبر أو الأمانة.

وجهان؛ فعلى الأول لا يجوز له نقلها، فإن فعل ضمن، ولا يجوز أن يكون عبدًا، ولا أن يبعد عنها، وتكون يده عليها، انتهى.

وزعم شارح أن محل الخلاف فيما إذا فعل ذلك مع القدرة على الدفن بمسكن الحاكم كما سبق في التسليم إليه لا مطلقًا، وهذا استنباط سَمِجٌ[1].

تنبيه: قال الرَّافِعِي: وَجَعَلَ الْإِمَامُ فِي مَعْنَى السُّكْنَى أَنْ يَرْقُبَهَا مِنَ الْجَوَانِبِ أَوْ مِنْ فَوْقِ مُرَاقَبَةِ الْحَارِسِ.

قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: وَالَّذِي رَأَيْتُهُ فِي النِّهَايَةِ أَنَّ بَعْضَ الْأَئِمَّةِ أَطْلَقَ الِاكْتِفَاءَ بِاطِّلَاعِ الْأَمِينِ مَعْ كَوْنِ الْمَوْضِعِ حِرْزًا، وَحَكَى عَنْ أَئِمَّةِ الْعِرَاقِ اعْتِبَارَ سُكْنَى

---

(١) أي: لَا مَلَاحَةَ له.

وَلَوْ سَافَرَ بِهَا ضَمِنَ ....

الدَّارِ وَاسْتَحْسَنَهُ، ثُمَّ قَالَ: وَلَسْتُ أَرَى ذَلِكَ خِلَافًا بَيْنَ الطُّرُقِ، وَالِاطِّلَاعُ الَّذِي ذَكَرَهُ غَيْرُ الْعِرَاقِيِّينَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ غَيْرُ الْعِرَاقِيِّينَ، وَلَكِنَّهُمْ بَيَّنُوهُ وَفَصَّلُوهُ، وَإِنْ كَانَتِ الدَّارُ خَالِيَةً، وَالْمُطَّلِعُ لَا يَدْخُلُهَا، وَلَكِنَّهُ يَرْعَاهَا مِنْ فَوْقِ رِعَايَةِ الْحَارِسِ أَوْ مِنَ الْجَوَانِبِ؛ فَلَا يَكَادُ يَصِلُ إِلَى الْغَرَضِ، وَإِنْ أَحَاطَتْ بِالدَّارِ حِيَاطَتُهُ، وَعَمَّهَا مِنَ الْجَوَانِبِ رِعَايَتُهُ؛ فَهَذِهِ الْيَدُ الَّتِي تَلِيقُ الْوَدِيعَةِ، وَهِيَ الَّتِي عَنَاهَا الْعِرَاقِيُّونَ، انتهى.

وما نقله صحيح؛ ولكن الرَّافِعِي - رَحِمَهُ اللهُ تعالى- ذلَّ نظره من سطر إلى سطر أو سقط من أصله سطر كما رأيته في بعض نسخ «النهاية»، فجاء الكلام كما نقله - رَحِمَهُ اللهُ تعالى- ويؤيد كلام الإمام قول سليم وغيره من العراقيين، وعليه جرى ابن أبي عصرون أن الشرط أن تكون يده على ذلك الموضع، ومن صرَّح بالسكنى وقف مع قول الشَّافِعِي في «الأم»: فإن دفنها ولم يُخلف في منزله أحدًا يحفظه فهلكت؛ ضمن، انتهى.

قال: **(وَلَوْ سَافَرَ بِهَا ضَمِنَ)** لِأَنَّ حِرْزَ السَّفَرِ دُونَ حِرْزِ الْحَضَرِ، الْمُسَافِرُ وَمَالُهُ عَلَى قَلَتٍ أَيْ: هَلَاكٍ إِلَّا مَا وَقَى اللهُ، والغرض أن لا ضرورة به إلى السفر، ولا حاجة، ولا يمكن ردَّها لغيبة المالك ووكيله، وقيل: لا يضمن إذا كان الطريق أمينًا، أو سافر في البحر، والغالب فيه السلامة، وكان هذا في السفر القصير، ولا سبيل إلى القول بإطلاقه.

وفي «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو نقلها من قرية إلى أخرى جزيرة، والطريق آمن، ولا مؤنة لحملها جاز؛ لأنه لو دفعها إليه هناك لزمه قبولها، فإن كان لنقلها مؤنة لم يجز ويضمن، انتهى.

وهو محمول على ما إذا قربت المسافة أيضًا، ولا ضرر على المالك في ذلك عند حاجته إليها كانتقال من محلة بالمصر إلى أخرى، ولا يقول أحد: أنه يسافر بها من المغرب إلى المشرق مثلًا، نعم، هذا كله في الحاضر المقيم، فلو أودع مسافرًا يعلم حاله أو منتجعًا فانتجع بها؛ فلا ضمان.

إِلَّا إِذَا وَقَعَ حَرِيقٌ أَوْ غَارَةٌ وَعَجزَ عَمَّنْ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ كَمَا سَبَقَ، ....

وفي «الذخائر» تبعًا للبسيط، وأصل «النهاية»: وإنْ أودع، وهو مسافر؛ فله استصحابها في سفره، وحين تردده، فإن أقام في أثناء ذلك ثم أنشأ سفرًا؛ فله المسافرة بها لوقوع الرضا بذلك ابتداءً.

قال: ولو كان عِنْدَ الْإِيدَاعِ قَدْ قَارَبَ بَلَدَهُ، وَدَلَّتْ قَرِينَةُ الْحَالِ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ إِحْرَازُ الوديعة في بلده، فأراد السفر بعد إقامته ببلده؛ لم يجز أن يسافر بها، انتهى.

وهذا صحيح؛ بل لو لم يقم، وظنَّ المودع أنه يقيم، وأن سفره قد انتهى؛ فينبغي ألّا يجوز له السفر بها من غير ضرورة كالمقيم، وفي «شَرْحِ التَّعْجِيزِ»: إن أودعه في السفر؛ فله إتمامه، وفي ابتداء غيره تردد للإمام، وَلَوْ أَوْدَعَ فِي الْبَلَدِ بَدْوِيًّا؛ فَلَهُ المسافرة بِهَا؛ لأنها عادته، انتهى.

قال: **(إِلَّا إِذَا وَقَعَ حَرِيقٌ أَوْ غَارَةٌ، وَعَجزَ عَمَّنْ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ كَمَا سَبَقَ)** فإنه لا يضمن؛ لقيام العذر، وفي حكم ذلك ما لو جلا أهل البلد عنه، قال الرَّافِعِي: ويلزمه السفر بها في هذه الأحوال، وَإِلَّا فَهُوَ مُضَيِّعٌ.

قلت: هذا ما نقله الرُّويَانِيُّ عن القاضي الطبري، وقال: إنه صحيح عندي إن أمكنه نقلها، والرَّافِعِي أخذه من «الحلية»، لكن الْقَفَّال صرَّح في «الفتاوى»: بأنه حسن غير واجب، ولا يضمن بتركه، وهذا أصح، وبه أجاب صاحب «الكافي».

ونقلا عن العباديِّ ما يوافقه وأقراه، وكلام الإمام والغزالي وغيرهما يقتضيه حيث قالوا بالمسافرة، والحالة هذه سائغة.

وعبارة «تجربة الرُّويَانِيِّ»: لو اضطر إلى المسافرة بها، فإن انجلى أهل بلده، ولم يجد بُدًّا من الخروج معهم، أو كانوا غرباء، فانتجعوا إلى ماء آخر، فسافر بها في هذه الحالة؛ لم يضمن، ذكره أصحابنا، انتهى، وظاهرها التجويز لا الوجوب.

فروع: الأول: لو أراد السفر والوقت سالم، وعجز عمن يدفعها إليه كما سبق

وَالْحَرِيقُ وَالْغَارَةُ فِي الْبُقْعَةِ وَإِشْرَافُ الْحِرْزِ عَلَى الْخَرَابِ ....

بيانه، فسافر بها؛ لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الْأَصَحِّ عند الجمهور؛ لِئَلَّا يَنْقَطِعَ عَنْ مَصَالِحِهِ، وَينفر النَّاسُ عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ، وشرطُ الجوازِ أمنُ الطريقِ، وإلا فيضمن.

قال الرَّافِعِي: وهذا ظاهر في مسألتنا، أما عند الحريق ونحوه؛ فيجوز أن يقال: إن كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر؛ فله السفر بها.

قلت: ويؤيده قول الدارميِّ: وإن تحول من موضع إلى موضع قريب لغرض، وكان المتحول إليه والطريق آمنًا؛ لم يضمن، وإنْ كان لغير غرض أو كان الطريق أو الموضع المتحول إليه مخوفًا؛ ضمن، إلا أن نقلها على خطر أحرز من تركها، فلا يضمن، انتهى.

الثاني: إذا سافر لها للضرورة؛ فهل يفرق الحال بين أن يكون مقصده بعيدًا أم لا؟ وبين أن يكون عازمًا إلى العود أم لا؟ لم أرَ فيه شيئًا، ويفيد تجويز نقله لها من المشرق إلى المغرب مثلًا، فإنه مؤدٍّ إلى استهلاكها أو هلاكها، وحينئذٍ هل يقال: يلزمه إيداعها عند قاضي أقرب البلاد إلى بلده، أو عند أمين ثقة هناك؟ ويشهد بذلك، ثم القاضي يكاتب بذلك، ويظهر أمرها ليأتيها مالكها؛ هذا يحتمل.

الثالث: قال صاحب «الرقم»: ولو سافر بها والطريق آمن، فحدث خوف أقام، ولو هجم القُطَّاع، فألقى المال في مضيعة؛ إخفاءً له فضاع؛ ضمن، انتهى.

وفي «فتاوى أبي بكر الشَّاشِي»: أنه لو دفنه؛ خوفًا من القُطَّاع عند إقبالهم، ثم لما انكشفوا أضل موضعه ضمن، انتهى.

وكأن وجهه أنها ضاعت بفعله، وأنه مقصر بإضلال مكانها، وقد تدخل هذه الصورة في قولهم: إن من أسباب الضمان أن يضعها في غير حرز مثلها بلا إذن، وفيه نظر، نعم، أصحُّ الوجهين أنها لو ضاعت بنسيان؛ ضمنها، وجزم الْبَغَوِيُّ وغيره بأنه لو دفنها بحرز ثم نسيه ضمن؛ لتقصيره، خلافًا للعباديِّ.

قال: (**وَالْحَرِيقُ وَالْغَارَةُ فِي الْبُقْعَةِ، وَإِشْرَافُ الْحِرْزِ عَلَى الْخَرَابِ**) أي: وإن لم يجد هناك حرزًا آخر ينقلها إليه.

أَعْذَارٌ كَالسَّفَرِ. وَإِذَا مَرِضَ مَرَضًا مَخُوفًا فَلْيَرُدَّهَا إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ، وَإِلَّا فَالْحَاكِمِ أَوْ إِلَى أَمِينٍ أَوْ يُوصِي بِهَا، ....

(**أَعْذَارٌ كَالسَّفَرِ**) أي: في جواز الإيداع كما سبق لظهور العذر.

قال: (**وَإِذَا مَرِضَ مَرَضًا مَخُوفًا؛ فَلْيَرُدَّهَا إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ**) أي: في قبضها لخصوص أو عموم، ولا ترتيب بينهما.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يمكنه ردَّها إلى أحدهما.

(**فَالْحَاكِمِ أَوْ إِلَى أَمِينٍ أَوْ يُوصِي بِهَا**) أي: كما لو أراد سفرًا.

تنبيهات: أحدها: وَالظَّاهِرُ أَنَّ كُلَّ حَالَةٍ تُعْتَبَرُ فِيهَا الْوَصِيَّةُ مِنَ الثُّلُثِ كَمَا سَبَقَ كَالْمَرَضِ الْمَخُوفِ هَاهُنَا، فمن ذلك: الطَّلْقِ، وَالْأَسْرِ، وَالطَّاعُونِ، وهيجان البحر كما سبق بيانه.

ثانيها: قوله: «مَخُوفًا» يقتضي أن غير المخوف لا عبرة فيه، ويظهر أنه إذا كان يشغله المدعي حفظها أن يلزمه ردَّها إلى المالك أو وكيله، لما في تركها عنده من تعريضها للتلف، فإنْ فقدا فالحاكم أو أمين، وفي معنى ذلك ما لو حبس ظلمًا أو بحقٍّ خاف عليها.

ثالثها: ظاهر عبارة الكتاب التخيير بين الأمور الثلاثة، وهو صحيح على قولنا: أنه لا ترتيب بين الحاكم والأمين، والمرجح عندهما خلافه، ولذلك قال في «الروضة»: وإذا مرض مرضًا مخوفًا أو حبس للقتل؛ لزمه أن يوصي بها، فإن ترك ضمن، والمراد بالوصية الإعلام والأمر بالردِّ.

ثم يشترط في الوصية بها أمور:

أحدها: أن يعجز عن الردِّ إلى المالك أو وكيله، وحينئذٍ يودع الحاكم أو يوصي إليه، فإن عجز فيودع أمينًا أو يوصي إليه، كذا رتب الجمهور كإرادته السفر، وفي «التهذيب»: أنه يَكْفِيهِ الْوَصِيَّةُ، وَإِنْ أَمْكَنَهُ الرَّدُّ لِلْمَالِكِ.

الثاني: أن يوصي إلى أمين.

الثالث: أن يبيِّن الوديعة وتمييزها من غيرها، بإشارة إليها أو ببيان جنسها وصفتها، فإن اقتصر على قوله: «عندي وديعة»، فكما لو لم يوص، انتهى.

فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ضَمِنَ، ....

وفي «التعجيز» لمؤلفه: قال جُمْهُورُ النَّقَلَةِ: من حضره الموت كمن حضره السفر، فليرد على المالك؛ فإن عجز فأمين، فإن عجز؛ فليوصِ، انتهى.

ويجوز تنزيل عبارة الكتاب على هذا، وفي نسبته إلى الجمهور نظر يعرف فما سبق، فإن فقدوا أو خاف معاجلة الموت أوصى حينئذٍ، وهذا ما رأيته لكثيرين منهم الدارمي، ولفظه: «فإن حضرته الوفاة، فكمن أراد السفر إلا أن يخاف الموت، فيجوز حينئذ أن يوصي، وإن كان صاحبها أو وكيله أو الحاكم حاضرًا»، انتهى.

رابعها: كلام المصنف يقتضي أنه يكفي مجرد الوصية بها إلى أمين، وكذا إيداعه حيث يجوز الإيداع، وينبغي أن يجيء الإشهاد على ذلك ما سبق في إشهاد مريد السفر، وأولى إذا أمكنه ذلك؛ ولهذا شبَّهوه بمريد السفر، بل هو أولى منه بذلك.

خامسها: لو ذكر في الإيصاء الجنس فقط، فلم توجد بترِكَتِهِ؛ ضَمِنَ على الأصحِّ، فيضارب به الغرماء كما سنوضِّحه قريبًا .

قال: **(فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ؛ ضَمِنَ)** أي: شَيْئًا مِمَّا ذُكِرَ فِي مَحِلِّهِ بشرطه ضمن؛ لأنه عَرَّضَهَا لِلْفَوَاتِ؛ إذ الْوَارِثُ يَعْتَمِدُ يَدَهُ وَيَدَعُهَا لِنَفْسِهِ، ثم التضمين عند التمكن من الوصية فيما إذا تلفت بعد الموت، فإن تلفت قبله في المرض بلا تفريط؛ لم يضمن في الأصحِّ، قال قائل: ويحتمل أن يضمن أخذًا من انعطاف التعصبية بترك الحجج على ما مضى.

فرع: قال الرَّافِعِي في كلامه على الإيصاء بالوديعة: لو ذكر الجنس فقال: عندي ثوب لفلان ولم يصفه، نُظِرَ إنْ لَمْ يوجد في تركته جنس الثوب، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمن فيضارب رب الوديعة الغرماء؛ لِتَقْصِيرِهِ بترك الْبَيَانِ.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق لا يضمن؛ لأنه ربما تلف قبل الموت، والوديعة أمانة فلا يضمن بالشكِّ، وهذا ما أورده الْغَزَالِيُّ، والأول ظاهر المذهب عند عامة الأصحاب، وإنْ وجد جنس الثوب، فإما أن يوجد أثواب

....

أو ثوب واحد، إنْ وجد أثواب ضمن؛ لأنه إذا لم يميز، فكأنه خلط الوديعة بغيرها، وإنْ وجد ثوب واحد.

ففي «التهذيب» و«التتمة»: أنه يترك كلامه عليه، ويدفع إلى الذي ذكره، ومنهم من أطلق القول بأنه إذا وجد جنس الثوب يضمن، ولا يدفع إليه عين الموجود، أما الضمان؛ فللتقصير بترك البيان، وأما أنه لا يدفع إليه عين الموجود؛ فلاحتمال أن الوديعة تلفت والموجود غيرها، وهذا أحسن، وفي المسألة وجه آخر؛ إنما يضمن إذا قال: عندي ثوب لفلان، وذكر معه ما يقتضي الضمان، فأما إذا اقتصر عليه فلا ضمان، انتهى لفظه - رَحِمَهُ اللهُ تعالى- وما ذكر أنه أحسن صححه في أصل «الروضة»، ولم يرجح الرَّافِعِي في شرحه «الصغير» شيئًا، وفي «البسيط»: وإنْ لم يوجد إلا ثوب واحد؛ فالظاهر أنه لا يضمن، وقيل: يضمن بتقصيره بترك الوصف، وهذه العبارة محتملة للوجه الثاني والثالث.

وقال الدارمي: إذا قال عند موته: «عندي وديعة لزيد مائة دينار»، ولم يوجد في ماله دنانير؛ فأسوة الغرماء، وإن قال ذلك في صحته ثم مات، ولم يجدها، ولم يعلم سبب ذهابها؛ فلا ضمان، قالهما المروزيُّ، وإنْ أودع في ظرف مالًا، فوجد بعد موته فيه بعضه؛ فهل يضمن التالف إذا لم يعلم سببه؟ على وجهين، ولو أودع دنانير، فوجد بعد موته أكثر من جنسها، فإنا نقدِّم الوديعة، انتهى.

فرع: قال الرَّافِعِي: قال الإمام: إذا لم يوصِ بها، فادعى ربُّ الوديعة تقصيره، وَقَالَ الْوَارِثُ: لَعَلَّهَا تَلِفَتْ قَبْلَ أَنْ يُنْسَبَ إِلَى تَقْصِيرٍ، فالظاهر براءة الذمة، انتهى.

هكذا أورده في فرع بعد الفرع قبله، وتبعه المصنف، والذي رأيته في النهاية: أنه لو مات ولم يوص؛ فَادَّعَى الْمُودِعُ التقصير بترك الإيصاء فيها، فقال الورثة: لعله لم يوص لتلف الوديعة على حكم الأمانة، فاعترفوا بأصل الإيداع، وادعوا ما ذكرنا؛ فهذه المسألة مترددة في الضمان، وإذا كان أبو إسحاق يرى نفي الضمان؛ حيث لم يضارب الوديعة في التركة بعد الإقرار

إِلَّا إِذَا لَمْ يَتَمَكَّنْ بِأَنْ مَاتَ فَجْأَةً.

وَمِنْهَا إِذَا نَقَلَهَا مِنْ مَحَلَّةٍ أَوْ دَارٍ إِلَى أُخْرَى دُونَهَا فِي الْحِرْزِ ضَمِنَ وَإِلَّا فَلَا.

بها، والإيصاء لا شكَّ أنه ينفي الضمان في صورة ادعاء التلف، وحمل ترك الإيصاء عليه، ومن أوجب الضمان، وخالف أبا إسحاق فقد أوجب الضمان في هذه الصورة، ونفي الضمان في هذا أولى.

ثم إن ادَّعى الورثة التلف؛ فالأمر على ما ذكرناه، وإن قالوا: عرفنا الإيداع ولكن لا ندري كيف كان الأمر، ونحن نجوِّز أَنَّهَا تَلِفَتْ عَلَى حُكْمِ الْأَمَانَةِ؛ فَلَمْ يُوصِ بِهَا، ولا يثبت في ذلك قولًا، فإن ضمناهم حيث يجزمون دعوى التلف، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان؛ أصحهما يجب الضمان؛ لأنهم لم يذكروا مُسْقِطًا أو لم يدعوه، انتهى، وبين ما ذكره وما حكاه الرَّافِعِي عنه بون كبير، وسيأتي أن الوجه أنهم إذا جزموا دعوى التلف في يده لا ضمان، خلافًا للمتولي.

قال: (**إِلَّا إِذَا لَمْ يَتَمَكَّنْ بِأَنْ مَاتَ فَجْأَةً**) أي: أَوْ قُتِلَ غِيلَةً، كما قاله في «المحرر» وغيره؛ لانتفاء التقصير، ولا خفاء أن تقدَّم للتمكن أمثلة كثيرة، لا يخفى على الفطن صورها.

قال: (**وَمِنْهَا**[1]: **إِذَا نَقَلَهَا مِنْ مَحَلَّةٍ أَوْ دَارٍ إِلَى أُخْرَى دُونَهَا فِي الْحِرْزِ؛ ضَمِنَ**) لأنه نوع تفريط، وتعريض للتلف.

(**وَإِلَّا فَلَا**) أي: إن تساويا أو كان المنقول إليه أحرز، فلا ضمان؛ لعدم التفريط، قالا: هذا عند الإطلاق، أما إذا عين حرز؛ فسيأتي.

قلت: والإمام جعل هذا فيما إذا عين له بيتًا، ولم يصرِّح بالنهي عن النقل عنه.

قال: ولا يخفى أن النقل من بيت إلى بيت، ومن دار إلى دار، ومن محلة إلى محلة في بلد واحد جائز، وليس كالمسافر، قال: وهذا متفقٌ عليه.

إذا عرفت هذا ما ذكراه، في حالة الإطلاق طريقة أجاب بها جماعة منهم

---

(١) أَيْ: مِنْ عَوَارِضِ الضَّمَانِ.

....

صاحبا «المقنع» و«الشامل» وجزم جماعة من العراقيين وغيرهم بأن له نقلها إلى حرز مثلها، وإنْ كان دون الأول.

قال سليم في «المجرد»: إذا أحرزه في بيته ثم نقله إلى حانوته، أو بالعكس، أو في داره ثم نقله إلى أخرى دونها في الحرز، إلا أنها حرز مثله، فلا ضمان عليه، وعلى هذا جرى الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، وادَّعى ابن الرِّفْعَة [الوفاق عليه، فقال: ولا نزاع في أن له أن ينقلها من الموضع الذي أحرزها به إلى] غيره، سواء كان مثله أو فوقه أو دونه، إذا كان حرز مثلها، سواء نقله مع ماله أو دونه [وأشار الماورديُّ إلى تخريج وجه آخر أنه إذا أحرزها مع غير ماله أو نقلها دونه] أنه يضمن، انتهى.

وعمدته في نفي النزاع دعوى الإمام الاتفاق عليه، لكن على الجملة الصحيح خلاف ما جزم به الرَّافِعِي والمصنف تبعًا لجماعة؛ إذ عليه عند الإطلاق حفظها في حرز مثلها لا غير، والغرض أنه لم تدع ضرورة ولا حاجة إلى النقل، وكان إخراجها إلى الحرز الثاني لا عذر فيه، فإنْ دعت حاجة إلى النقل؛ فلا حرج.

فرع: القريتان المتصلتي العمارة كالمحلتين، وإنْ كان بينهما فضاء، لا يسمَّى سفرًا فوجهان؛ صححنا أن الحكم كذلك، وصحح الْمَاوَرْدِيُّ المنع، قال: لأنه تعذير من غير ضرورة، وهو قضية كلام الدارميِّ، والقاضي أبي الطيب في «المجرد».

قال الرَّافِعِي: وحيث منعنا من قرية إلى أخرى ونحو ذلك، فحيث لا ضرورة، فإنْ كانت فكما سبق في المسافرة، فإن أراد الانتقال فلا ضرورة فكما سبق عند إرادته السفر، ثم حكي عن «التهذيب»: أن النقل من بيت إلى بيت في دار واحدة أو خان واحد غير مضمن، إذا كان الثاني حرزًا، وإنْ كان الأول أحرز، انتهى.

وعن هذا احترز المصنف بقوله: «مِنْ دَارٍ إِلَى أُخْرَى»، والمحرر بقول

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَدْفَعَ مُتْلَفَاتِهَا، فَلَوْ أَوْدَعَهُ دَابَّةً فَتَرَكَ عَلْفَهَا ضَمِنَ، ....

«التهذيب» غالبًا، وما أحسن قول صاحب «التعجيز» في شرحه: الداران كالبيتين، والمحلتان كالقريتين عند الْبَغَوِيِّ، وكالبيتين عند الإمام، وسبق نقل وجهه في جواز السفر بها عند الأمن، وسبق تفصيل الْقَفَّالِ في النقل من قرية إلى أخرى، فيحصل في ذلك وجوه، ثم ختم الرَّافِعِي كلامه بأن جميع كلام الفصل فيما إذا أطلق الإيداع، وقد بينا ما فيه.

قال: (**وَمِنْهَا: أَلَّا يَدْفَعَ مُتْلَفَاتِهَا**) أي: مع الْمُكْنَةِ؛ لأنه يجب عليه دفعها على المعتاد؛ لأنه من أصول حفظها، ونقلا آخر الباب عن «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو وقع في خزانته حريق، فبادر إلى نقل أمتعته، فاحترقت الوديعة؛ لم يضمن، كما لو لم يكن إلا ودائع فأخذ في نقلها، فاحترق ما تأخر نقله.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو جلي إذا كان ما نقله أولًا هو الذي يمكن الابتداء به، أما إذا كان يمكن الابتداء بغيره، فيما إذا كان عنده ودائع؛ فيخرج على ما لو قال: اقتلْ أحد الرجلين، أو طلقْ إحدى الزوجتين؛ لأن تقديم أحدهما ترجيح مع إمكان الآخر، وأما في مال نفسه والوديعة؛ فالبدأة بالنفس، انتهى.

لكن لو كانت الوديعة في رأس الصندوق ونحوه فنحاها، وأخرج قماشه أولًا فاحترقت الوديعة بتأخيرها؛ ففي عدم التضمين نظر!.

قال: (**فَلَوْ أَوْدَعَهُ دَابَّةً فَتَرَكَ عَلْفَهَا**) أي: بإسكان اللام مدة يموت مثلها، بتركه فيها.

(**ضَمِنَ**) أي: سواء كان أمر بعلفها أم سكت عنه، وسواء هلكت أم بقيت وهلكت بغيره؛ لدخولها في ضمانه، وإن نقصت ضمن النقصان، وتختلف المدة باختلاف الحيوانات، وإن ماتت قبل مضيها؛ فلا ضمان، إنْ لم يكن بِهَا جُوعٌ أَوْ عَطَشٌ سَابِقٌ، فإنْ كان، وهو يعلم به؛ ضمن، وإلا فلا على الأصحِّ، قاله الْمُتَوَلِّي، وجعلهما كالوجهين فيمن حبس من هذه حاله، ولا يعلم بها، وبناهما أبو محمد في «السلسلة» على ما ذكره الْمُتَوَلِّي، ثم قال: ولم أسمع أحدًا من أصحابنا اشتغل بالتوزيع في هذه المسألة، وفيها احتمال.

فَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ أَعْطَاهُ الْمَالِكُ عَلَفًا عَلَفَهَا مِنْهُ، وَإِلَّا فَيُرَاجِعُهُ أَوْ وَكِيلَهُ، فَإِنْ فُقِدَا فَالْحَاكِمُ، ....

وقال القاضي الحسين: إنْ قلنا: لا يضمن الآدمي؛ فالدابة أولى، وإلا فوجهان؛ فإن ضمناه فيضمن الجميع، أو بالقسط وجهان، كما لو استأجر دابة فحملها أكثر مما شرط.

قال ابن الرِّفْعَة: وأطلق الشَّافِعِي القول في المسألة بأن لا ضمان، وفصل الأصحاب.

قال: (**فَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ**[1]؛ **فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: وقول الجمهور كما لو أذن في الإتلاف، وَالثَّانِي: يَضْمَنُ؛ إِذْ لَا حُكْمَ لِنَهْيِهِ عَمَّا أَوْجَبَهُ الشَّرْعُ، قاله الإصطخري وابن أبي هريرة، وصححه الْمَاوَرْدِيُّ، وضعَّفه الإمام، بِأَنَّهُ يَقْتَضِي الضَّمَانَ، فيما لو قال: أُقْتُلْ عَبْدِي أَوْ أَحْرِقْ ثَوْبِي، وَهُوَ خَرْقٌ لِلْإِجْمَاعِ، وعن ابن أبي هريرة طرده في العبد، والدَّيبلي في الثوب، ولا أحسب نفي الضمان محل إجماع.

قال الدارميُّ: فَعَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ الْحَاكِمَ لِيُجْبِرَ مالكها عَلَى عَلْفِهَا إنْ كَانَ حَاضِرًا، أَوْ يَأْذَنَ لَهُ فِي النَّفَقَةِ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ إنْ كَانَ غَائِبًا.

فرعان: إذَا نَهَاهُ لِعِلَّةٍ تقتضيه كَقُولَنْج فعلفها قَبْلَ زَوَالِ الْعِلَّةِ فماتت؛ ضمن إذا أمره بعلفها، فهل تحتاج إلى تقدير أو يحمل على العرف؟ وجهان: الأقرب إلى إطلاق المعظم الثاني.

قال: (**وَإِنْ أَعْطَاهُ الْمَالِكُ عَلَفًا**)، وهو بفتح اللام.

(**عَلَفَهَا مِنْهُ، وَإِلَّا فَيُرَاجِعُهُ أَوْ وَكِيلَهُ، فَإِنْ فُقِدَا فَالْحَاكِمُ**) أي: ليقترض عليه أو يبيع جزءًا منها أو كلها، أو يؤجِّرها حيثما تظهر له المصلحة فيه، فإن فقده،

---

(١) أَيْ: عَنِ الطَّعَامِ أَوِ الشَّرَابِ فَمَاتَ بِسَبَبِ تَرْكِ ذَلِكَ، وَالْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْمَتْنِ فِي التَّضْمِينِ وَعَدَمِهِ كَمَا ذُكِرَ، أَمَّا التَّأْثِيمُ فَلَا خِلَافَ فِيهِ لِحُرْمَةِ الرُّوحِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ الْحَاكِمَ لِيُجْبِرَ الْمَالِكَ عَلَى عَلْفِهَا وَسَقْيِهَا إنْ كَانَ حَاضِرًا، أَوْ يَأْذَنَ لَهُ فِي النَّفَقَةِ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ إنْ كَانَ غَائِبًا، هذا إذَا نَهَاهُ لَا لِعِلَّةٍ، فَإِنْ كَانَ كَقُولَنْج أَوْ تُخْمَةٍ لَزِمَهُ امْتِثَالُ نَهْيِهِ، فَلَوْ خَالَفَ وَفَعَلَ قَبْلَ زَوَالِ الْعِلَّةِ؛ ضَمِنَ، انظر: مغني المحتاج للخطيب (١١/٣١٨).

وَلَوْ بَعَثَهَا مَعَ مَنْ يَسْقِيهَا لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ.

قال الدارمي وغيره: فعل ذلك بنفسه وأشهد، وليس له ذلك مع وجود الحاكم على الأصحِّ، وتفاريع المسألة تعرف من مسألة هرب الجمال ونفقة الضالة واللقطة.

إشارة: مَا ذَكَرُوهُ فِي الْعَلْفِ والتقصير فيه يَجِبُ أن يكون محله فِي الْحَضَرِ حَيْثُ يُعْتَادُ، أَمَّا أَهْلُ الْبَادِيَةِ وَنَحْوُهُمْ الذين لا يعرفون سِوَى الرَّعْيِ؛ فَهُوَ فِي حَقِّهِمْ كَالْعَلْفِ فِي حَقِّ الحضر لا غَيْر، نَعَمْ لَوْ فُقِدَ الْكَلأُ أَوِ الْمَاءُ بِمَكَانِهِ، وَعَجَزَ عَنْ رَدِّهَا إِلَى مَنْ يستودع ردها إليه؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّ عَلَيْهِ النُّجْعَةَ بِهَا لِحُرْمَةِ الرُّوحِ[1].

قال: (**وَلَوْ بَعَثَهَا مَعَ مَنْ يَسْقِيهَا**) أي: حيث يجوز إخراجها للسقي، وهو أمين.

(**لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ**) للعادة به، وهو استعانة لا إيداع، والثاني: يضمن؛ لإخراجها من حرزها على يد من لم يأتمنه المالك.

قال في «البسيط» و«الوسيط»: والوجهان فيمن يتولى ذلك بنفسه في العادة، أما غيره فلا يضمن قطعًا.

وهو منتزع من قول إمامه: إذا أخرجها للسقي مع عبد أو أجير؛ فلا بأس، وذلك مع الأمن، واطراد الحال، فإن طرأت حالة في البلدة يقتضي ألّا يسلِّم الدابة إلى مملوك أو سائس، فيجب على المودع أن يرعى في كلِّ حالةٍ ما يليق بالعرف فيها، والتعويل في التفاضل على العرف، انتهى.

وكلامه يشعر بأنه لو سلَّمها لأجنبي لسقي ورعي، وجعلها في حرز يضمن، وأن الجواز مقصور على متصليه من عبد أو أجير وولد ونحوهم، وهذا كله إذا أخرجها لذلك من غير حاجة، أما لو أخرجها لخوف أو حاجة لاتخاذ الموضع لغير الدواب إلى حرز آخر لم يضمن قطعًا، قاله الدارميُّ وغيره.

وعبارة «الروضة»: إن علفها وسقاها في داره أو إصطبله؛ حيث تعلف أو

---

(١) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٢٨ / ٣٢٠).

وَعَلَى الْمُودَعِ تَعْرِيضُ ثِيَابِ الصُّوفِ لِلرِّيحِ كَيْ لَا يُفْسِدَهَا الدُّودُ، وَكَذَا لِبْسُهَا عِنْدَ حَاجَتِهَا.

تسقى دوابه، فقد وفَّى بالحفظ، وإنْ أخرجها من الموضع، فإنْ كان يفعل كذلك مع دوابه لضيق وغيره؛ فلا ضمان، وإنْ كان ليسقي دوابه فيه، فقد قال الشَّافِعِي ﷺ في «المختصر»: وإن أخرجهما إلى غير داره، وهو يسقي في داره؛ ضمن، وقال الإصطخري بظاهره، وأطلق وجوب الضمان.

وقالت طائفة: هذا إذا كان الموضع أحرز، فإن تساويا؛ فلا ضمان.

وقال أبو إسحاق وآخرون: هذا إذا كان في الإخراج خوف، فإن لم يكن لم يضمن؛ لاطراد العادة، وهذا هو الأصح، ثم إن تولى السقي والعلف بنفسه، أو أمر به صاحبه وغلامه، وهو حاضر لم تزل يده، فذاك وإن بعثها على يد صاحبه ليسقيها، أو أمره بعلفها وأخرجها من يده، فإنْ لم يكن صاحبه أمينًا؛ ضمن، وإلا فلا على الأصحِّ للعادة.

فرع: قالا: العبد المودع كالبهيمة في الأحوال المذكورة، أي: وهي أمره بالعلف، ونهيه عنه وسكوته، ولو أودعه نخيلًا فوجهان؛ أحدهما: سقيها كالدابة، والثاني: لا يضمن بترك السقي إذا لم يأمره به، انتهى، ويشبه أن يكون الثاني أرجح.

قال: (**وَعَلَى الْمُودَعِ تَعْرِيضُ ثِيَابِ الصُّوفِ**) أي: وما في معناه من شَعْرٍ وَوَبَرٍ وَخَزٍّ.

(**لِلرِّيحِ كَيْ لَا يُفْسِدَهَا الدُّودُ، وَكَذَا لِبْسُهَا عِنْدَ حَاجَتِهَا**) أي: إذا تعيَّن طريقًا لدفع الدُّودِ بسبب عبق ريح الْآدَمِيِّ بها، فإن قلت: لو لم يمكنه لبسها لضيق أو كونها لا تليق به.

قلت: يَلْبَسُهُ مَنْ يَلِيقُ بِهِ بِهَذَا الْقَصْدِ قَدْرَ الْحَاجَةِ، ويراعيه بنظره، كما سبق في إحراز الوديعة، ورأيت في تعليق لي أن كلام الْقَفَّالِ في «الفتاوى» ينازع في وجوب ما سبق، وصرَّح به غيره، وهو قريب مما سبق في السفر بها عند الضرورة.

....

قالا: فإنْ لم يفعل ما أمكنه من ذلك ضمن، سواء أمره أو سكت عنه، فإنْ نهاه عنه فتركها ففسدت كره، ولا يضمن.

قالا: وأشار في «التتمة» إلى أنه يجيء وجه الإصطخري أي: ونهيه عن علف البهيمة، وكلام القاضي أبي الطيب في «المجرد»، فيما إذا قال: لا يخرجها، وإن خفت عليها؛ يفهم أنه لغيره، فإنه نقل أن المذهب؛ أنه لا يضمن.

والثاني: إنْ كان حيوانًا ضمن، وإلا فلا، قاله الإصطخري.

والثالث: عن غيره وجوب الضمان في النوعين لبطلان النهي، فكأنه لم يكن، انتهى.

تتمات وفروع:

منها: لم يتعرضوا للفرق بين كون ذلك مالكًا للدافع أو لغيره، كما لو أودع الولي أو الوصي مال محجوره لضرورة؛ ويشبه أن يكون نهي غير المالك كالعدم جزمًا، وكلامهم مُصَرِّحٌ بِالتَّصْوِيرِ فِي المالك، وما ذكرته ظاهر إذا علم المودع بأنه لغير الدافع، أما لو جهل ذلك وظنه له؛ فلا يظهر تضمينه بالترك.

ومنها: الرهن على يد العدل إن أمراه بذلك أو سكتا أو نهياه عنه فذاك، وإنْ أمره به المالك، ونهاه المرتهن، أو بالعكس، فما الحكم؟ فيه احتمال، وقد يقال: يراجع الحاكم، ويفعل ما يأمره به، ولم أر في ذلك شيئًا.

ومنها: تَمْشِيَةُ الدَّابَّةِ عِنْدَ الْخَوْفِ عَلَيْهَا مِنْ الزَّمَانَةِ لِكثرةِ وُقُوفِهَا، كَنَشْرِ الثوب فيما ذكرناه.

قال [الديبليُّ]: لو بسط كساء الصوف أو البساط ضمن؛ فإن أمره به لئلا يفسدهما الدود؛ لم يضمن.

قال: ولو أودعه صوفًا مشدودًا أو كساء مطويًا، ويعلم في الغالب؛ أنه لو لم يفتح ويطرح في الشمس ضربه السوس، فإنْ كان صاحبه حاضرًا عرفه ذلك؛ ليبرأ من عينه، وإن كان غائبًا لم يلزم المودع فتحها وتشميسها؛ إذ ليس عليه حفظها مما يتولد من باطنها، انتهى.

وَمِنْهَا أَنْ يَعْدِلَ عَنِ الْحِفْظِ الْمَأْمُورِ وَتَلِفَتْ بِسَبَبِ الْعُدُولِ فَيَضْمَنُ، فَلَوْ قَالَ: لَا تَرْقُدْ عَلَى الصُّنْدُوقِ فَرَقَدَ وَانْكَسَرَ بِثِقَلِهِ وَتَلِفَ مَا فِيهِ ضَمِنَ، وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِهِ فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ.

وهذا منه يفهم؛ أنه لا يلزمه ذلك عند إطلاق الإيداع، والذي قاله المراوزة ما سبق خلاف ما قدمته عن «فتاوى الْقَفَّالِ»، ولم أره الآن فيها، ولم أر للمسألة ذكرًا في كتب أصحابنا العراقيين.

ومنها: قال الْبَغَوِيُّ: لو كان الثوب في صندوق مقفل، ففتح القفل؛ ليخرجه وينشره؛ لم يضمن على الأصحِّ وأقراه، وفيه نظر؛ لأنه هتك حرز بغير إذنه؛ لا سيما إذا لم يعلمه بما فيه.

قالا عقب ما سبق: هذا كله إذا علم المودع؛ فإن لم يعلم، بأن كان الثوب في صندوق أو كيس مشدود، ولم يعلمه المالك بذلك؛ فلا ضمان.

ومنها: قال الديبليُّ: لو كانت الوديعة حِنْطَةً -أي: مثلًا- فوقع فيها القُمَّل أو تمرًا خاف وقوع الدود فيه، وصاحبها غائب، عرَّف الحاكم؛ ليأمره بصلاحها على ما يراه، لئلا يفسد كما قلنا في الحيوان، غير أن على الحاكم الإنفاق على الحيوان من مال المودع، وليس كذلك الطعام.

قلت: فيه نظر، بل ينبغي أن يلزم الحاكم حفظ مال الغائب عند الإمكان حيوانًا كان أو غيره، ولم يذكر أن هذا الرفع إلى الحاكم على الوجوب أو الندب، وهو محتمل، ولا أنه يضمن بتركه أم لا؟ والظاهر أن مراده الندب، وفيه نظر!

قال: (**وَمِنْهَا أَنْ يَعْدِلَ عَنِ الْحِفْظِ الْمَأْمُورِ، وَتَلِفَتْ بِسَبَبِ الْعُدُولِ؛ فَيَضْمَنُ**)؛ لأن التلف حصل من جهة المخالفة.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: لَا تَرْقُدْ عَلَى الصُّنْدُوقِ فَرَقَدَ وَانْكَسَرَ بِثِقَلِهِ وَتَلِفَ مَا فِيهِ؛ ضَمِنَ**) للمخالفة.

قال: (**وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِهِ، فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لِأَنَّهُ زَادَ خَيْرًا، وَلَمْ يَأْتِ التَّلَفُ مِمَّا جَاءَ بِهِ، وهذا إِذَا كَانَ فِي بَيْتٍ مُحْرَزٍ ونحوه، وَأَخَذَهُ لص، أو أخذ من

وَكَذَا لَوْ قَالَ: لَا تُقْفِلْ عَلَيْهِ قُفْلَيْنِ فَأَقْفَلَهُمَا.

وَلَوْ قَالَ: ارْبِطِ الدَّرَاهِمَ فِي كُمِّك فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ فَتَلِفَتْ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا إِنْ ضَاعَتْ بِنَوْمٍ وَنِسْيَانٍ ضَمِنَ؛ أَوْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ فَلَا؛ ....

أعلاه، وأَمَّا لَوْ كان بصَّحْرَاء، أو أخذ مِنْ جَانِبِ الصُّنْدُوقِ؛ ضمن على الأصحِّ.

قالا: وإنما يظهر هذا إذا سرقت أو أخذت من جانب، لو لَمْ يَرْقُدْ عَلَيْهِ لرقد هناك، وقد يعترض هذا القيد متعرضون.

قلت: ووجه غيرهما ذلك، بأنه لو لم يرقد عليه؛ فربما نام من الجانب الذي يتأتى منه الأخذ، فافهم أن الاكتفاء باحتمال وقوع النوم من تلك الجهة لو لم يرقد عليه، والثاني: المقابل لما في الكتاب يضمن؛ لِأَنَّ رُقُودَهُ عَلَيْهِ يُوهِمُ السَّارِقَ نَفَاسَةَ مَا فِيهِ فَيَقْصِدُهُ.

قال: **(وَكَذَا لَوْ قَالَ: لَا تُقْفِلْ عَلَيْهِ قُفْلَيْنِ فَأَقْفَلَهُمَا)** لأنه زاد احتياطًا، ووجه التضمين إغراء السارق كما سبق.

قال بعض اليمانيين: فِي بَلَدٍ لَمْ تَجْرِ عَادَتُهُمْ بِذَلِكَ؛ فإنْ كان ذلك عادتهم؛ فلا ضمان قطعًا.

قال صاحب «المعتبر»: فهم من كلام الأصحاب، وأجرى الخلاف فيما لو قال: لا تغلق الباب أو لا تضع عليه قماشًا، أو تستر الصندوق بشيء، أو قال: لا تقفل عليه فأقفل، وهو مثال «المحرر» والخلاف جارٍ في المثالين وأشباههما.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: ارْبِطْ الدَّرَاهِمَ فِي كُمِّك فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ، فَتَلِفَتْ؛ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا إِنْ ضَاعَتْ بِنَوْمٍ وَنِسْيَانٍ؛ ضَمِنَ)** إذ لو امتثل لم يضع بهذا السبب؛ فالتلف حصل بالمخالفة.

قال: **(أَوْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ فَلَا)** هذا نصُّه في «عيون المسائل» ونقل الْمُزَنِيُّ: أن لا ضمان مطلقًا، والربيع عكسه، وأصحُّ الطرق ما ذكره المصنف.

وثانيها: إطلاق قولين في الضمان مطلقًا.

وثالثها: إن اقتصر على مسكها باليد؛ ضمن، وإن أمسك باليد بعد الربط؛

....

لم يضمن، ثم المسألة مصورة بما إذا كان الإيداع خارج منزله، ونصُّ «الأم» يقتضيه.

تنبيه: إذا امتثل فربطها بكمه، نُظِرَ إنْ حصل الربط خارج الكم فطرت ضمن؛ فإن ضاعت باسترسال وانحلال العقدة مع إتقان الربط لم يضمن؛ وإنْ جعل الخيط داخل الكم انعكس الحكم؛ فإن طرت لم يضمن؛ وإنْ ضاعت باسترسال؛ ضمن.

قال الرَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ تعالى -: هكذا قاله الأصحاب، وهو مشكل؛ لأن المأمور به مطلق الربط؛ فإذا أتى به وجب ألا ينظر إلى جهات التلف، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور إلى غيره، فحصل التلف، انتهى.

وما ذكره ظاهر الحسن، ولو نظر إلى العُرف [في الربط] بالكم، وحمل الإطلاق عليه حتى إذا عدل إلى ما دونه ضمن مطلقًا، أو إلى ما فوقه، وتلفت من جهة مخالفته العادة؛ ضمن، وإلا فلا لكان متجهًا، ويؤيده قول القاضي الحسين في «الفتاوى»: لو أودعه بالسوق فوضعها عند كمه، فسرقت، إنْ كان سوقيًّا، لا يضمن؛ لأنها عادتهم، وإنْ كان دهقانًا[1]؛ ضمن، فاعتبر العادة عند الإطلاق.

وقال صاحب «التعجيز» في شرحه بعد ذكره ما تقدم: واعلم أن هذا من تصرف الأصحاب، وإلا قيض الشَّافِعِي أنه يضمن بإخراج الخيط دون إدخاله في الطَّرِّ والوقوع، وهو الأصح عندي؛ لأن المأمور به الربط، فينزل على الربط من داخل؛ لأن إخراجه إغراء لِلطَّرَّارِ.

قلت: وما صححه محكي في «البسيط» عن بعض الأصحاب؛ وأنهم جروا على ظاهر النص، وأن بعضهم فصَّل كما سبق، وعلى ظاهر النص جرى في «الخلاصة»، والجويني في «مختصره» وغيرهما، وذكر في «الفروق» أن أصحابنا اختلفوا في قول الشَّافِعِيِّ، فربطها خارجًا صار ضامنًا أو داخلًا، فلا

---

(١) الدِّهْقَانُ عِنْدَ الْعَرَبِ الْكَبِيرُ مِنْ كُفَّارِ الْعَجَمِ.

وَلَوْ جعَلَهَا فِي جَيْبِهِ بَدَلًا عَنِ الرَّبْطِ فِي الْكُمِّ لَمْ يَضْمَنْ، وَبِالْعَكْسِ يَضْمَنُ. وَلَوْ أَعْطَاهُ دَرَاهِمَ بِالسُّوقِ وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّةَ الْحِفْظِ فَرَبَطَهَا فِي كُمِّهِ وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ أَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ لَمْ يَضْمَنْ، ....

يفهم من قال: معنى الداخل أن يجعلها ما بين يده وجيبه، ومعنى الخارج بين يديه والفضاء، ومنهم من قال: وذكر ما تقدم، انتهى.

والأول هو المذكور في «الأم»، وكذا ذكره العراقيون، ولفظ النصِّ: «بَيْنَ عَضُدِهِ وَجَنْبِهِ»، وفيه إشارة إلى منع ربطها في أوائل الكم.

قال: (**وَلَوْ جعَلَهَا فِي جَيْبِهِ بَدَلًا عَنِ الرَّبْطِ فِي الْكُمِّ لَمْ يَضْمَنْ**) عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ أَحْرَزُ إِلَّا إِذَا كَانَ وَاسِعًا غَيْرَ مَزْرُورٍ، وَقِيلَ: يَضْمَنُ لِمُطْلَقِ الْمُخَالَفَةِ.

قال: (**وَبِالْعَكْسِ يَضْمَنُ**) قال في «الروضة»: قطعًا؛ لأن الجيب أحرز، واعلم أن الشَّافِعِي قال في «الأم»: «لو استودعه إياها خارج منزله على أن يحرزها في منزله، وعلى ألا يربطها في كمه؛ فربطها في كمه؛ فضاعت، فإن كان ربطها في كمه فيما بين عضده وجنبه؛ لم يضمن، وإن كان ربطها ظاهرة على عضده ضمن؛ لأنه لا يجد في ثيابه شيئًا أحرز من ذلك الموضع، وقد يجد من ثيابه ما هو أحرز من إظهارها على عضده» هذا نصه بحروفه، وهو يوجب التفريق فيما ذكره بين هاتين الصورتين، ويعضد قول من جرى فيما سبق على ظاهر نص «المختصر» بلا تفصيل.

قال: (**وَلَوْ أَعْطَاهُ دَرَاهِمَ بِالسُّوقِ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّةَ الْحِفْظِ فَرَبَطَهَا فِي كُمِّهِ وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ أَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ**) أي: وهو ضعيف أو مزرور.

(**لَمْ يَضْمَنْ**)؛ لِأَنَّهُ قد بَالَغَ فِي الْحِفْظِ، وإن كان الْجَيْبُ وَاسِعًا غَيْرَ مَزْرُورٍ ضمن؛ لِسُهُولَةِ أَخْذِهَا مِنْهُ بِالْيَدِ؛ كذا نقلاه، وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ: أنه لو تركها في جيبه، ولَمْ يَزُرَّهُ؛ ضمنها، قال: لَوْ كَانَ الْجَيْبُ مَثْقُوبًا، وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ، فَسَقَطَتْ أَوْ حَصَلَتْ بَيْنَ ثَوْبَيْهِ، وَلَمْ يَشْعُرْ بِهَا فَسَقَطَتْ؛ ضَمِنَهَا.

تنبيهات: قوله: «وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ» يُفهم أنه قيد في نفي الضمان، وليس كذلك، قال: في «المجرد» وغيره: إنه النهاية في الحفظ، ويدل على عدم

وَإِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ أَخَذَهَا غَاصِبٌ وَيَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ بِغَفْلَةٍ أَوْ نَوْمٍ.

اشتراطه إطلاق النص السابق.

قال الرَّافِعِيُّ: فإنْ ربطها، ولم يمسكها بيده؛ فقياس ما سبق أن ينظر إلى كيفية الربط وجهة التلف، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا لم يشترط عليه وضعها في كمه ولا غيره؛ فربطها في كمه كان حرزًا، سواء ربطها داخله أو خارجه، انتهى، وينازعه ما سبق عن النصِّ.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: ولو تركها في كمه ولم يربطها؛ فإن كانت خفيفةً بحيث تسقط، ولا يعلم؛ ضمن، وإن كانت ثقيلة، لا يخفى سقوطها؛ لم يضمن.

ونقل الرَّافِعِي هذا عن «المهذب»، قال: وقياس هذا يلزم طرده فيما سبق من صور الاسترسال كلها، انتهى، ويجيء قول القاضي بين السوقي وغيره.

وقال في «التعليق»: إنْ كان المودع تاجرًا لم يضمن؛ لأن عادة التجار حفظ صرة المال في الكم، فَلَوْ نَفَضَ كُمَّهُ فَسَقَطَتْ؛ ضَمِنَ، وإنْ كان سهوًا، قال: وَلَوْ وَضَعَهَا فِي كَوْرِ عِمَامَتِهِ، وَلَمْ يَشُدَّهَا؛ ضَمِنَ، وإن رَبَطَهَا فِي التِّكَّةِ؛ فلا.

قال: **(وَإِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ)** أي: من غير ربط في شيء.

(لَمْ يَضْمَنْ، إِنْ أَخَذَهَا غَاصِبٌ، وَيَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ بِغَفْلَةٍ أَوْ نَوْمٍ)؛ لأنه حصل بسبب من جهته بخلاف أخذ الغاصب منه، وسيأتي الكلام على ما إذا سلَّمها هو إلى الظالم.

وأطلق الفوراني نفي الضمان؛ إذا جعلها في جيبه أو يده، وفصَّل الْمَاوَرْدِيُّ، فقال: إذا تركها في يده؛ فإنْ كان منزله قريبًا فيده حِرز، وإنْ كان بعيدًا، فَإِنْ كَانَتْ خَفِيفَةً لَا يَأْمَنُ السَّهْوَ عَنْهَا؛ ضَمِنَ، أو ثَقِيلَةً يَأْمَنُ السَّهْوَ فِيهَا؛ لَمْ يَضْمَنْ.

قال: وإذا جعلها في كمه أو في جيبه أو يده إلى منزله؛ فعليه إحرازها فيه، ولا يكون ما ذكرنا حرزًا لها حينئذ؛ لأن منزله أحرز، فلو خرج بها في كمه أو جيبه أو يده؛ ضمن.

وَإِنْ قَالَ: احْفَظْهَا فِي الْبَيْتِ فَلْيَمْضِ إِلَيْهِ وَيُحْرِزْهَا فِيهِ، فَإِنْ أَخَّرَ بَلَا عُذْرٍ ضَمِنَ.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: احْفَظْهَا فِي الْبَيْتِ؛ فَلْيَمْضِ إِلَيْهِ**) أي: في الحال، (**وَيُحْرِزْهَا فِيهِ**) أي: عقب وصوله؛ (**فَإِنْ أَخَّرَ بَلَا عُذْرٍ؛ ضَمِنَ**) أي: لِتَفْرِيطِهِ؛ هذا ما ذكروه.

وفصَّل القاضي أبو علي الفارقي بعضها، وتابعه صاحبه ابن أبي عصرون وغيره، فقالوا: إنْ كَانَ مِمَّنْ عَادَتُهُ الْقُعُودُ بِالسُّوقِ إِلَى وَقْتٍ مَعْلُوم؛ لِاشْتِغَالِهِ بِتِجَارَةٍ وَغَيْرِهَا، فَأَخَّرَهَا إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ؛ لَمْ يَضْمَنْ، فَإِنْ لَمْ تَجْرِ عَادَتُهُ بِالْقُعُودِ، وَلَا لَهُ وَقْتٌ مَعْلُومٌ فِي الْمُضِيِّ إِلَى الْبَيْتِ فَأَخَّرَهَا؛ ضَمِنَ، هَذَا عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، فَأَمَّا إِذَا قَالَ: أَحْرِزْهَا الْآنَ فِي الْبَيْتِ فَقَبِلَ وَأَخَّرَهَا؛ ضَمِنَ مُطْلَقًا، انتهى.

وَهو مُتَّجِهٌ مِنْ جِهَةِ الْعُرْفِ، لَكِنَّ المحكي عن النصِّ فِي «الشَّامِلِ» و«الحِلْيَةِ» وَغَيْرِهِمَا، بلا مُخَالَفَةٍ يَرُدُّهُ، قَالُوا: لَوْ قَالَ لَهُ، وَهُوَ فِي حَانُوتِهِ: احْمِلْهَا إِلَى بَيْتِكَ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَقُومَ فِي الْحَالِ، وَيَحْمِلَهَا إِلَيْهِ، فَلَوْ تَرَكَهَا، وَلَمْ يَحْمِلْهَا إِلَى الْبَيْتِ مَعَ الْإِمْكَانِ؛ ضَمِنَ.

وَقَالَ سَلِيمٌ فِي «الْمُجَرَّدِ»: إِنْ حَمَلَهَا مِنْ سَاعَتِهِ، فَهَلَكَتْ فِي الطَّرِيقِ؛ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ تَشَاغَلَ عَنْهَا، وَلَمْ يَحْمِلْهَا مِنْ سَاعَتِهِ ثُمَّ حَمَلَهَا، فَهَلَكَتْ فِي طَرِيقِهِ؛ ضَمِنَ، وإن شدها على باطن عضده ليحملها إلى البيت؛ لم يضمن، أو ظاهر عضده؛ ضمن، وهذا ما سبق عن نصِّ «الأم».

فرع: قال في أصل «الروضة»: وإن أودعه في البيت، وقال: احفظها في البيت فربطها في الكم وخرج بها؛ صارت مضمونة عليه، وكذا لو لم يخرج، وربطها في الكم مع إمكان إحرازها في الصندوق، ونحوه، وإنْ كان ذلك لقفل تعذر فتحه ونحوه؛ لم يضمن.

قال في «المعتمد»: إنْ شدَّها في عضده وخرج بها، فإنْ كان الشدُّ مما يلي الأضلاع لم يضمن؛ لأنه أحرز من البيت، وإنْ كان من الجانب الآخر ضمن؛ لأن البيت أحرز منه.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي تَقْيِيدِهِمْ الصُّورَةَ - بِمَا إِذَا قَالَ: احْفَظْهَا فِي الْبَيْتِ -

....

إِشْعَارٌ بِأَنَّهُ لَوْ أودعه في البيت، ولم يَقُلْ شيئًا، يجوز لَهُ أَنْ يَخْرُجَ بِهَا، وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الرُّجُوعُ إِلَى الْعَادَةِ، انتهى.

وما ذكراه عن «المعتمد» من عدم التضمين بالخروج يجب أن يكون محله بما إذا حصل التلف في زمن الخروج لا من جهة المخالفة، فإنْ كان من جهتها؛ ضمن، وأما قوله: «فِي تَقْيِيدِهِمْ... إلى آخره» ينازعه قول الْمَاوَرْدِيِّ في ذكره صور، ما إذا لم يتعرض لمكان الحفظ أنه لو أودعها، وهو في دكانه، فحملها إلى منزله، وكان الدكان حرزًا لها؛ ضمن، وإلا فلا، ولو كان بالعكس فحملها إلى دكانه، فإن كان منزله حرزًا لها؛ ضمن.

ثم رأيت الصورتين في «الأم»، قال الشَّافِعِي ﷺ: «ولو أودعه ذهبًا أو فضةً في منزله... إلى آخره»، نعم، في انطباق بعض ما تقدَّم على النص، نظر للمتأمل.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وَلَوْ أَوْدَعَ، وَهُوَ فِي حانوته، فَوَضَعَهَا بَيْنَ يَدَيْهِ فَسُرِقَتْ، فَإِنْ كَانَ وَضَعَهَا لِيَرْتَادَ لَهَا مكانًا، يُحْرِزُهَا فِيهِ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِعَدَمِ تَفْرِيطِهِ، وَإِنْ كَانَ اسْتِرْسَالًا وَإِمْهَالًا ضَمِنَ.

قلت: في عدم الضمان في القسم الأول إذا أمكنه وضعها خلفه ونحو ذلك إلى نهيه الحرز، نظرٌ! ولا بدَّ من النظر إلى جنس الوديعة أيضًا.

فرع: عدَّ من صور هذا السبب، وهو العدول عن الحفظ المأمور أنه لو عين له المالك بيتًا للحفظ، ولم ترد على ذلك، فنقلها إلى مثل الأول، وهو حرز مثلها، لم يضمن، إلا أن يتلف بسبب النقل، كانهدام الثاني، وكذا السرقة منه على الأصحِّ، وإنْ نهاه عن نقلها فنقلها بلا ضرورة؛ ضمن، فإن كان الثاني أحرز أو مساويًا على الصحيح، وإنْ نقل لضرورةٍ وغارةٍ ونحوها؛ لم يضمن، فإن كان الثاني حرزًا لها، ولا يضر كونه دون الأول إذا لم يجد غيره، قالا: فلو ترك النقل والحالة هذه؛ ضمن على الأصحِّ.

قالا: ثم ذكر الأئمة أن جميع هذا فيما إذا كان البيت أو الدار المعينة

....

للمودع، فإن كانت للمالك فليس له إخراجها من ملكه بحال، إلا أن تقع ضرورة، انتهى.

وكلام ابن يونس في شرح «تعجيزه»، يفهم أن هذا وجهًا، الراجح خلافه، فإنه أطلق الكلام، ثم قال: وقال الْمُتَوَلِّي وابن الصباغ: وذكر الفرق بين ملكه وملك المالك، والخلاف في ذلك موجود في «الحاوي»، لكنه في بعض الصور.

وحاصل «الحاوي» أنه إذا عيَّن له حرزًا أحرزها فيه، وإن لم يكن حرزًا لها؛ لأنه بالتعيين قطع اجتهاده، ثم إن لم ينهه عن إخراجها منه، فأخرجها للضرورة، كالحريق أو غارة؛ لم يضمن، إنْ كان الطريق في إخراجها آمنًا، فإنْ تركها مع هذه الصورة؛ ضمن، وإن نقلها من العين، بلا ضرورة، لم يكن المعين غير حرز، والآخر حرزًا؛ لم يضمن، وإنْ انعكس، أو كانا غير حرزين؛ ضمن، وإن كانا حرزين، فإنْ لم يكن المعين ملكًا لربها؛ جاز ولا ضمان؛ لأن حقه في الإحراز دون الحرز، وإنْ كان ملكًا له، فوجهان، اعتبار الحكم الحفظ والتعيين، وإنْ نهاه عن نقلها منه، وهو ملكه، لزمه امتثاله، وليس له نقلها، بلا ضرورة أصلًا، وإن كان للمستودع؛ ففي لزوم هذا الشرط، وجهان، إنْ قلنا: يلزم، وأخرجها منه لغير ضرورة، ضمن، وإن قلنا: لا يلزم، فإخراجها إلى حرز، لم يضمن؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْحِرْزَ، وَلَيْسَ يَسْتَحِقُّ إِلَّا الْحِفْظَ.

ثم إن نهى عن إخراجها وأطلق، وجب مع الضرورة المتجددة إخراجها، فإنْ تركها حتى تلفت؛ ضمن، وإنْ نصَّ على ترك الإخراج، وإن غشيت نارًا أو غارةً، فإنْ كان حيوانًا يخاف إحراقه كان الشرط باطلًا، ولزم إخراجه، ولا ضمان به، وإنْ تركه ففي ضمانه وجهان، وإنْ لم يكن حيوانًا؛ ففي لزوم الشرط وجهان، اعتبارًا بأنه نصٌّ قاطع للاجتهاد أو مبالغة في الاحتياط، فإن ألزمناه الشرط، فأخرجها ضمن، وإنْ تركها فلا، وإنْ لم يلزمه بالشرط فأخرجها؛ لم يضمن، وإنْ تركها؛ ففي ضمانه وجهان، وأَمَّا مُؤْنَةُ إِخْرَاجِهَا وَنَقْلِهَا، فَإِنْ مُنِعَ مِنْهُ كَانَ مُتَطَوِّعًا بِهِ، وَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ كَانَ كَعَلَفِ البهيمة، انتهى.

وَمِنْهَا أَنْ يُضَيِّعَهَا بِأَنْ يَضَعَهَا فِي غَيْرِ حِرْزِ مِثْلِهَا، أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهَا سَارِقًا ....

قال: (**وَمِنْهَا: أَنْ يُضَيِّعَهَا بِأَنْ يَضَعَهَا فِي غَيْرِ حِرْزٍ مِثْلِهَا**) أي: بلا إذن من المالك المطلق التصرف فيها، وإنْ قصد بذلك إخفاءَها، كما سبق عن الشَّاشِيِّ وغيره، أو يؤخر إخراجها مع التمكن منه، أو يضيِّع بالنسيان على الأصحِّ، ويدفنها بحرز ثم ينساه، كما جزم به الْبَغَوِيُّ وغيره.

وقال العباديُّ في «الزيادات»: لا يضمن، واستدل به أنه لو دفع إلى وكيله قُمْقُمَة[1]؛ ليدفعها إلى من يصلحها فدفع، ثم نسي؛ لا ضمان، قال: لَوْ قَعَدَ فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ قَامَ وَنَسِيَ الْوَدِيعَةَ؛ يضمن، قال: وفي قلبي من المسألة الأولى شيء، انتهى، والأصحُّ في الجميع الضمان؛ لتقصيره.

وفي «فتاوى الْقَفَّالِ»: لو قال له آخر: ضعْ هذا الكِرْبَاسَ[2] على رأس أمتعتك إلى القرية، ففعل ثم سقطت الأمتعة والكِرْبَاسُ عن الحمار في الطريق، فحمل الأمتعة على الحمار وترك الكِرْبَاسَ.

قال الْقَفَّالُ: إن رأى الكِرْبَاسَ على الأرض، ثم نسيه ضمن؛ لتفريطه بالنسيان، انتهى، وينبغي أن يضمن مطلقًا رآه على الأرض أم لا، ولا سيما إذا كان ذلك نهارًا؛ للتقصير.

قال: (**أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهَا سَارِقًا**) قيل: هل يدخل في ضمانه بمجرد الدلالة؟ وإنْ سرقت ضمنها، وإلا فلا.

قلت: كلام المصنف إلى الأول أقرب، والنقل مختلف.

قال في «الروضة»: ولو أعلم اللصوص بها فسرقوها، إن عين الموضع؛ ضمن، وإلا فلا، كذا فصَّل الْبَغَوِيُّ، انتهى.

وفِي «الذَّخَائِرِ»: إذَا دَلَّ عَلَيها سَارِقًا؛ ضَمِنَ إذَا أَخَذَهَا السَّارِقُ؛ فَإِنْ ضَاعَتْ بِغَيْرِ السَّرِقَةِ، قَالَ أَصْحَابُنَا: تَكُونُ الدَّلَالَةُ كَنِيَّةِ الْخِيَانَةِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ.

وقال الْغَزَالِيُّ: الأظهر عندي أنه عدوان يوجب الضمان بكلِّ حالٍ، انتهى.

---

(١) الْقُمْقُمُ: آنِيَةُ الْعَطَّارِ، وهي آنِيَةٌ مِنْ نُحَاسٍ يُسَخَّنُ فِيهِ الْمَاءُ.

(٢) الكِرْبَاسُ: ثَوْبٌ من القُطْنِ الأبيضِ.

أَوْ مَنْ يُصَادِرُ الْمَالِكَ.

وعبارة «البسيط»: ودلالة السارق بمجردها عدوان مضمن، ويحتمل أن يقال: إنْ ضاع لا بجهة السرقة تكون الدلالة كنية الخيانة، والأظهر أنه عدوان يوجب الضمان، كيفما كان.

وفي «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو دلَّ المودع السارق على الوديعة حتى أخبره بموضع الرف والخزانة، أو قال للطراز: ضعها في كمي صار خائنًا متعديًا؛ حتى لو تلفت من وجه آخر ضمن، بخلاف ما لو دلَّ إنسانًا صالحًا فسرق؛ فلا ضمان عليه، انتهى.

وعدَّ الْمَاوَرْدِيُّ من التعدي المضمِّن أن يخبر بها من أهله مَن لا يُؤمَن، قال: فهذا ونحوه تفريط مضمِّن.

وفي «الروضة»: وأصلها عن العبادي: أنه لَوْ سَأَلَهُ رَجُلٌ: هَلْ عِنْدَكَ لِفُلَانٍ وَدِيعَةٌ؟ فَأَخْبَرَهُ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ كَتَمَهَا مِنْ حِفْظِهَا، هكذا أطلق وأقراه عليه.

وذكر القاضي أبو الطيب عند كلامه على مسألة الفعلين: أنه لو قال: عندي وديعة، وحالها كذا، وقبضها كذا، فسمعه لص فسرقها؛ لمن يضمن؟ انتهى، فظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يقول ذلك ابتداءً أو جوابًا بالمستخبر.

قال: (**أَوْ مَنْ يُصَادِرُ الْمَالِكَ**) ففيه ما سبق، من أنه هل يضمن بمجرد الدلالة، أو لا يضمن إلا بأخذ المُصادر خاصة.

وقضية إطلاقه، أنه لا فرق بين أن يدلَّ عليها طوعًا أو كرهًا؛ لكن في «الحاوي» في آخر مسألة الإكراه: الأشبه أنه لو لم يدفعها بنفسه؛ بل دلَّ عليها فأخذت، أن مذهب الشَّافِعِي أنه لا ضمان عليه؛ لأنه سبب مباشر وَالْأَخْذَ مُبَاشَرَةٌ، وفيه وجه لبعض البصريين: أنه يضمن، وإنْ كان معذورًا، وفهم بعض المصنفين من أول تعليله أنه لا فرق بين أن يدل عليها طوعًا أو كرهًا، والصواب أنه أراد المكره، لقوله آخرًا: وإن كان معذورًا.

فرع: قالا: لو قَالَ: لَا تُخْبِرْ بِهَا، فَخَالَفَ فَسَرَقَهَا مَنْ أَخْبَرَهُ أَوْ مَنْ أَخْبَر مَنْ أَخْبَرَهُ؛ ضَمِنَ، وَلَوْ تَلِفَتْ بِسَبَبٍ آخَر؛ لَمْ يَضْمَنْ، انتهى.

فَلَوْ أَكْرَهَهُ ظَالِمٌ حَتَّى سَلَّمَهَا إِلَيْهِ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ فِي الْأَصَحِّ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الظَّالِمِ.

وهو مخالف لكلام العباديِّ السابق، وأطلق بعضهم أنها لو سرقت ضمن، كما لو سرقها زيد، وكذا لو سرقها من أخبره السامع، وما أشبه ذلك.

فرع: في «الحاوي»: أودعها فِي مَنْزِلِهِ فَأَحْرَزَهَا فِيهِ، فسرقت، فإن دخل سارقها بغير إذنه لم يضمن، أو بِإِذْنِهِ ضَمِنَ إِذَا نَالَتْهَا يَدُهُ، وَلَوْ سَرَقَهَا أَهْلُ مَنْزِلِهِ كَزَوْجَةٍ أَوْ خَادِمٍ أَوْ وَلَدٍ، فَإِنْ كَانَ مَشْهُورًا بِالسَّرِقَةِ ضَمِنَ بتفريطه بتركه في موضع هذا فيه، وَإِنْ لم يكن مَشْهُورًا بِذَلِكَ نُظِرَ، فَإِنْ أَخَذَهَا مِنْ وَرَاءِ حِرْزٍ كَبَابٍ وَقُفْلٍ؛ لَمْ يَضْمَنْ؛ وإِنْ كَانَتْ بَارِزَةً تنالها يَدُهُ، فَإِنْ كَانَتِ دَرَاهِمَ أَوْ حُلِيًّا أَوْ ثِيَابًا جَرَتِ الْعَادَةُ أَنْ يَكُونَ حِرْزُهَا فِي الْمَنَازِلِ مُفْرَدًا؛ ضَمِنَ، وَإِنْ كانت شيئًا خَافِيًا يُحْرَزُ مِثْلَهُ فِي ظَوَاهِرِ الْمَنَازِلِ؛ لَمْ يَضْمَنْ.

قلت: والظاهر أن المراد بالمشهور بالسرقة أن المودع يعلم منه ذلك، وإنْ لم يعلمه غيره.

قال: (**فَلَوْ أَكْرَهَهُ ظَالِمٌ حَتَّى سَلَّمَهَا إِلَيْهِ؛ فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لِتَسْلِيمِهِ، وَالضَّمَانُ يَسْتَوِي فِيهِ الِاخْتِيَارُ وَالِاضْطِرَارُ.

(**ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الظَّالِمِ**)؛ إذ ليس له أن يقي نفسه بمال غيره.

والثاني: المنع؛ لأنه ملجأ، كما لو أخذها الغاصب بنفسه، ولَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَقِيَ مَالَ غَيْرِهِ بِنَفْسِهِ، كَمَا لَوْ صَالَ عَلَيْهِ فَحْلٌ فَغَلَبَهُ.

واعلم أن جماعة نقلوا الخلاف وجهين، ونقله كثيرون؛ منهم: سليم الرازي، وابن الصباغ، والجرجاني، وتبعهم ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» قولين، شبههما الأكثرون بما لو أكره الصائم على الأكل فأكل، والتشبيه يشهد لترجيح الرَّافِعِي الإفطار، والمصنف خالفه فيه، ووافقه هنا على التضمين، وبناها جماعة منهم القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، كما لو أكرهه على فعل الصفة ففعل؛ هل يحنث؟

وقضيته ترجيح عدم الضمان، وكذلك نسب ترجيحه إلى «الشامل»، وتعليق

وَمِنْهَا أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا بِأَنْ يَلْبَسَ أَوْ يَرْكَبَ خِيَانَةً، ....

الشيخ أبي حامد، وصححه الجوينيُّ في «فروقه»، والفارقيُّ، والأصحُّ الضمان.

واحترز بقوله: (سَلَّمَهَا) عما لو أخذها منه قهرًا؛ فلا ضمان عليه قطعًا، وسبق كلام الحاوي فيما لو سلَّمها، بل دلَّه على نفي ما لو أمكنه دفع الضمان على آخذها، فلم يفعل[1]. والظاهر أنه إنْ أمن على نفسه لزمه، فإن لم يفعل كان مضيعًا، وإنْ لم يأمن على نفسه؛ فلا شيء عليه، وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا عِبْرَةَ هُنَا بتهديده بأخذ مال نفسه قطعًا، وإنْ عُدَّ إكراهًا في مواضع، كما سيأتي.

فرع: لو أنكر الوديعة من الظالم فحلفه؛ فله أن يحلف لمصلحة الحفظ، وينبغي أَنْ يُوَرِّي إن أمكنه، وإلا حلف كاذبًا، ويجب أن يحلف لو كَانَتْ الْوَدِيعَةُ رَقِيقًا، وَالظَّالِمُ يُرِيدُ قَتْلَهُ أَو الْفُجُورَ بِهِ، كما أشار إليه الْغَزَالِيُّ في صورة القتل، وَأَطْلَقَ في «البسيط»: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَلِفُ كَاذِبًا بأنه ليس عنده وديعة؛ قال: لِأَنَّ الحلف الْكَذِبَ لَيْسَ مُحَرَّمًا لِعَيْنِهِ، ثم إنْ حلف بالله تعالى لزمته الكفارة، أو بالطلاق وقع، قاله: القاضي الحسين، والإمام، والْغَزَالِيُّ، ورجحه الرَّافِعِيُّ، وجعله في «الروضة» المذهب؛ لأنه يجيز الحلف على الاعتراف، ولم يكره على الحلف عينًا.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن ضمناه بدفعها قيمته يكن مكره، لا يحنث بها، وإلا حنث، وبنى الْمُتَوَلِّي الحنث على ما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه.

وقال الدارمي: إنْ استحلف حلف، وكان غير حانث؛ لإكراهه، والصحيح ما سبق؛ لأنه فدى الوديعة بيمينه وزوجته، وقد ذكرت في طلاق «الغنية» فوائد نفيسة، تضارع مسألتنا.

قال: (**وَمِنْهَا: أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا بِأَنْ يَلْبَسَ أَوْ يَرْكَبَ خِيَانَةً**)؛ لِتَعَدِّيهِ بها.

واحترز بقوله: «خِيَانَةً» عما لو لبس لدفع الدود، أو ركب خشية زمانة الدابة من طول الوقوف، أو حال إخراجها للسقي للحاجة إليه، وكانت لا تقاد

---

(١) في نسخة: (فيما لو لم يسلِّمها، بل دلَّ عليها بقي كما لو أمكنه دفع الظالم عن أخذها؛ فلم يفعل).

....

لجماحها إلا بالركوب، ويشبه أنه لو طرأت غارة أو أراد ظالم نزعها، ولو ركب الفرس وهرب بها سلمت إليه أنه يلزمه ذلك.

فرع: لو انتفع بالْوَدِيعَةِ ظَانًّا أَنَّهَا مِلْكُهُ؛ ضمن، قاله الإمام في أوائل «الغصب»، ونقله الرَّافِعِي عنه هناك، وقد ترد هذه على لفظ الكتاب؛ إذ لا خيانة، وذكر الإمام هنا أنه: لو جحد الوديعة كاذبًا، وهي باقية بيده صار غاصبًا، وإنْ جحدها غلطًا ثم تذَكر واعترف؛ فهو ضامن في الظاهر، وإنْ صدقه المالك في دعوى الغلط.

قال: فالذي نراه أن الضمان لا يجب، وقد ذكرنا أن الانتفاع بالوديعة مضمن، فلو لبس ثوبًا ظانًّا أنه ثوبه، ثم استبان الكف؛ فالذي نراه القطع بأنه لا يضمن، ولو انتفع وادَّعى الغلط لم يصدق فيه، فإن ظاهر الانتفاع مضمن، انتهى.

فرع: أودعه خاتمًا، ولم يقل شيئًا، فجعله في غير الخنصر؛ لم يضمن، إلا أن غير الخنصر من المرأة كالخنصر، وإنْ جعله في الخنصر؛ فاحتمالان للقاضي الحسين وغيره:

أحدهما: يضمن؛ لأنه استعمال.

والثاني: إنْ قصد الحفظ؛ لم يضمن، أو الاستعمال؛ ضمن.

وفي «الرقم»: أنه إنْ جعل فصَّه إلى ظهر الكف؛ ضمن، وإلا فلا.

قال الرَّافِعِيُّ: وكأنه استدل بجعله إلى ظهر الكف على قصد الاستعمال، لكن من أدب التَّخَتُّمِ أن يجعل الفصَّ إلى بطن الكف؛ فإنه يقدح في الاستدلال، زاد الشيخ، والمختار أنه يضمن مطلقًا بلا استثناء؛ إذ لم يدل على لبسه لفظ، ولا عرف مطرد.

قلت: وبه جزم الديبليُّ، وهو قضية إطلاق كلام الجمهور: أن اللبس مضمن إلا ما سبق استثناؤه؛ لأنه استعمال بلا ضرورة، وهذا عندي مقطوع به، فيما يخشى عليه التلف باللبس كالعقيق، وغيره من الجواهر، مما يعرضه اللبس للتلف.

أَوْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ لِيَلْبَسَهُ أَوِ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا فَيَضْمَنُ. وَلَوْ نَوَى الْأَخْذَ ....

والظاهر أنا إذا جوَّزنا له لبسه للحفظ فضاع أنه يصدق في قصد حفظه بيمينه، وإنْ قال للمالك: إنما لبسته للاستعمال، ولو أمره فجعله في الخنصر، فجعله في البنصر؛ فهو أحرز، فلو انكسر لغلظها، قالا: أو جعله في الأنملة الوسطى منها؛ لم يضمن، والذي أورده القاضي أبو الطيب وغيره الضمان.

قالا: ولو قال اجعله في البنصر فجعله في الخنصر، فإن كان لا ينتهي إلى أصل البنصر، فما فعله أحرز فلا ضمان، وإنْ كان ينتهي إليه ضمن.

وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ: أنه يجوز له لبسه في الخنصر وغيره للحفظ، قال: ولو لبسه في إحدى يديه ثم نقله إلى الأخرى، فإنْ كان ذلك لعمل أراده بتلك اليد؛ لم يضمن، وإنْ كان لا عن سبب؛ ضمن، انتهى.

وقال الدارميُّ: إنْ وضعه في الإصبع المأمور بها من اليد الأخرى لغرض؛ لم يضمن، وإنْ كان لغير غرض؛ [ضمن].

ورأيتُ بخط العجليِّ في «شرحه»: ورأيت في بعض تعاليق المذهب عن بعض الأئمة: أنه إذا قال: احفظ هذا الخاتم في يمينك، فجعله في شماله؛ ضمن، وإن قاله بعكس ذلك [ففعل] ضد ما أمر به، لا يضمن؛ لأن اليمين أحرز؛ لأنها تستعمل أكثر في الغالب، انتهى.

وقضية هذا لَوْ كَانَ أَعْسَرَ انْعَكَسَ الْحُكْمُ، فيكون يمينه كيسار غيره، وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ يَعْمَلُ بِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ كَانَا سَوَاءً، ثم ظاهر كلامهم هنا أنه يجوز للرجل لبس الخاتم في البنصر، وهو وجه الأصح خلافه للنهي عنه.

قال: (**أَوْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ لِيَلْبَسَهُ أَوِ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا؛ فَيَضْمَنُ**) أي: وما أشبهها من الْقُصُودِ الفاسدة المقترنة بالأخذ، سواء قصد استهلاكها أم لا، اتصل الفعل بالأخذ أم لا، ومثله إخراج الدابة؛ ليركبها خيانة، وقيل: إذا أخذها بنية الخيانة، ولم يجز لا يضمن، وهو شاذٌّ، وفي ثبوته نظرٌ.

قال: (**وَلَوْ نَوَى الْأَخْذَ**) أي: بعد أن أخذها أمانة ثم نوى الخيانة.

وَلَمْ يَأْخُذ لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الصَّحِيحِ.

(وَلَمْ يَأْخُذ لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الصَّحِيحِ) أي: المنصوص، وقول الجمهور: لأنه لم يحدث فعلًا.

قال ابن سُرَيْج: يضمن بالنية المستقرة، كما لو أخذها ابتداء بنية الخيانة؛ فإنه يضمن قطعًا أو على الصحيح.

قال الرَّافِعِي: والوجهان جاريان فيما إذا نوى ألّا يرد الوديعة بعد طلب المالك، وعن القاضيين أبي حامد والْمَاوَرْدِيِّ: أنه يضمن هاهنا قطعًا، ولا يضمن فيما إذا نوى الأخذ، ولم يأخذ.

وفي «البسيط»: وحكي عن بعض الأصحاب أنه: إن نوى ألّا يرد على المالك ضمن؛ لأنه صار ممسكًا لنفسه، وإن نوى الانتفاع فقط لم يضمن ما لم يحقق تصرفًا في الثوب، والذي رأيته في «الحاوي» بعد ذكر الوجهين في نية الخيانة والتعدي: وَقَالَ أَبُو حَامِدٍ الْمَرْوَرُوذِيُّ: إنه إِنْ نَوَى حَبْسَهَا لِنَفْسِه، وألّا يردها؛ ضمنها، وإنْ نوى إخراجها من حرزها إخراج عدوان؛ لم يضمنها، وهذا أصح؛ لأنه بنية عدم الرد أمسكها لنفسه فضمنها، وبنية إخراجها أمسكها لربها، فلم يضمنها، انتهى.

ونقله في «المعين» عن عامة الأصحاب، وليس كما قال، وأجرى الوجهان فيما لو كانت في صندوق غير مقفل، فرفع رأسه لأخذها، ثم تركه.

إشارة: قال الإمام: ثم النيّة التي ذكرناها تجريد القصد، فأما ما يخطر بالبال، وداعية الدين يدفعه فلا حكم له، وإن تردد الرأي ولم يجزم قصدًا؛ فالظاهر عندنا أن هذا لا حكم له؛ حتى تجرد قصده في العدوان، انتهى.

وقال الديبليُّ: لا عبرة بالخطرة، وإنما هي النية التي تصير همة، بأن يدوم ذلك مدة بعيدة على قصد الخيانة؛ ولهذا قيدت الوجه الثاني بالمستقرة.

فرع: لو كان الصندوق مقفلًا ففتح القفل؛ لأخذها، قال الْمَاوَرْدِيُّ: ضمن قطعًا، وقال غيره: على الأصحِّ، ولو فضَّ الخاتم، وحلَّ شداد الصرة؛ ضمن المظروف على الأصحِّ، فعلى هذا في ضمان الظرف وجهان.

وَلَوْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ وَلَمْ تَتَمَيَّزْ ضَمِنَ، وَلَوْ خَلَطَ دَرَاهِمَ كِيسَيْنِ لِلْمُودِعِ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ.

قال الرَّافِعِيُّ: والخرق تحت موضع الختم كفضه، ولو خرق فوقه؛ لم يضمن إلا نقصان الكيس، وكذا رأيته في كتب العراقيين، ومحل هذا إذا لم يرفعها من الأرض، فإن رفع الكيس ونحوه من الأرض بنية الخيانة؛ ضمن بذلك، ولزمه أرش نقص الكيس. قال ابن الرِّفْعَة: وما قاله الرَّافِعِي فيه نظر؛ فإنه حكى من بعد فيما إذا تلف بعض الوديعة، وكان له اتصال بالباقي، كقطع الثوب، وطرف العبد، إنا ننظر إنْ كان عامدًا؛ فهو جانٍ على الكلِّ فيضمن، وإنْ كان مخطئًا؛ ضمن المتلف، وفي الباقي وجهان، أصحهما المنع، وما ذكره يتحتم أن يجري في تخريق الكيس، انتهى.

فرع: قال القاضي الحسين: لو دفع إليه ثوبًا، وقال له: خرِّقه، أو ألقه في البحر فاستعمله، ثم فعل ما أمره به احتمل وجهين:

أحدهما: أنه دخل في ضمانه بالاستعمال، والإلقاء في البحر لا يخرجه عن ضمانه.

والثاني: لا.

قلت: والأول أقيس، ولا شكَّ في ضمانه أجرة استعماله.

قال: (**وَلَوْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ، وَلَمْ تَتَمَيَّزْ ضَمِنَ**)؛ لأنه لم يرضَ به، وكأن الصورة فيما إذا فعله عمدًا لا بقصد الخيانة، أما لو قصد به الخيانة؛ ضمن قطعًا، وإنْ كان سهوًا فلا.

قال: (**وَلَوْ خَلَطَ دَرَاهِمَ كِيسَيْنِ لِلْمُودِعِ؛ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لتعديه، والثاني: لا؛ لأنه كله لمالك واحد، ولو كانا دراهم ودنانير؛ فلا ضمان، وإن خلط ذلك بمال نفسه أيضًا، وعنه احترز بقوله أو لا.

«وَلَمْ تَتَمَيَّزْ» أي: بِسِكَّةٍ أَوْ عِتْق، وحِدة وتكسر، ونحوها[1]، والظاهر إنْ

---

(١) لِأَنَّ الْمُودِعَ لَمْ يَرْضَ بِذَلِكَ، فَإِنْ تَمَيَّزَتْ بِسِكَّةٍ أَوْ عِتْقٍ، أَوْ حَدَاثَةٍ، أَوْ كَانَتْ دَرَاهِمَ فَخَلَطَهَا بِدَنَانِيرَ لَمْ يَضْمَنْ، نَعَمْ إِنْ حَدَثَ بِالْخَلْطِ نَقْصٌ ضَمِنَهُ. انظر: مغني المحتاج (١١/ ٣٤٤).

وَمَتَى صَارَتْ مَضْمُونَةً بِانْتِفَاعٍ وَغَيْرِهِ ثُمَّ تَرَكَ الْخِيَانَةَ لَمْ يَبْرَأْ، فَإِنْ أَحْدَثَ لَهُ الْمَالِكُ اسْتِئْمَانًا بَرِئَ فِي الْأَصَحِّ.

خلط الحنطة بالشعير [مثلًا] عدوان مضمن، وكذا حكم كل ما عسر تمييزه.

قال: (**وَمَتَى صَارَتْ مَضْمُونَةً بِانْتِفَاعٍ وَغَيْرِهِ ثُمَّ تَرَكَ الْخِيَانَةَ لَمْ يَبْرَأْ**) كما لو جحدها، ثم اعترف بها.

(**فَإِنْ أَحْدَثَ لَهُ الْمَالِكُ اسْتِئْمَانًا بَرِئَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه أسقط حقه، والثاني: لا يبرأ، حتى يردها إليه أو إلى وكيله؛ لحديث: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيه»[١].

والاستئمان المحدد: اسْتَأْمَنْتُكَ عَلَيْهَا، أو أودعتكها، أو أذنت لك في حفظها ثانيًا، أَوْ أَبْرَأْتُكَ مِنْ ضَمَانِهَا.

قال ابن يونس في «محيطه»: وعندي أن بإحداث الإيداع يعود أمينًا، وبالإبراء من الضمان لا يصح؛ لأن الإبراء عما لم يجب بخلاف الإيداع، وهو حسن فقيه.

تنبيه: قال الرَّافِعِي عن الأصح: إنه ظاهر نصه في باب العارية، وفي «مجرد» أبي الطيب: أنه نصه هناك ومذهبه، قال: وقد قال الشَّافِعِي: إنَّ الغاصب لا يبرأ من الضمان، حتى يردَّ على صاحبه، أو يبرئه من ضمان الغصب.

قال الرَّافِعِي: وروى بعضهم الإجزاء عن نصه في «الأم»، فعلى هذا يجوز التعبير عن الخلاف بالقولين.

قلت: ونصُّه في «الأم» مصرح به في مواضع، فالوجه أن المسألة على

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٨، رقم ٢٠٠٩٨)، والدارمي (٢/ ٣٤٢، رقم ٢٥٩٦)، وأبو داود (٣/ ٢٩٦، رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٣/ ٥٦٦، رقم ١٢٦٦) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١١، رقم ٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢، رقم ٢٤٠٠)، والطبراني (٧/ ٢٠٨، رقم ٦٨٦٢)، والحاكم (٢/ ٥٥، رقم ٢٣٠٢) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري. والبيهقي (٦/ ٩٠، رقم ١١٢٦٢) وابن أبي شيبة (٤/ ٣١٦، رقم ٢٠٥٦٣)، وابن الجارود (ص ٢٥٦، رقم ١٠٢٤)، والروياني (٢/ ٤١، رقم ٧٨٤).

وَمَتَى طَلَبَهَا الْمَالِكُ لَزِمَهُ الرَّدُّ بِأَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، فَإِنْ أَخَّرَ بَلَا عُذْرٍ ضَمِنَ

قولين، ولولا إطباق الجمهور على ترجيح الأول لقلت: مذهبه الثاني، فإن ما ذكره في باب العارية من «الأم» و«المختصر» محتمل، وغيره صريح في أنه لا يبرأ إلا بالردِّ.

وكذلك قال في «البيان»: إن المذهب لا يبرأ، ولا خفاء أن هذا الائتمان إنما هو للمالك خاصةً، لا للولي والوكيل ونحوهما، بل لا يجوز لهم ذلك، ولو فعلوه لم يعد أمينًا قطعًا فيما أحسبه، والعلم عند الله تعالى.

فرع: قال الرَّافِعِي: لو قال في الابتداء: أَوْدَعْتُكَ، فَإِنْ خُنْت ثُمَّ تَرَكْتَ الْخِيَانَةَ عُدْتَ أَمِينًا فَخَانَ؛ ضمن، ثُمَّ تَرَكَ الْخِيَانَةَ، قال في «التتمة»: لَا يَعود أَمِينًا، بلا خلاف.

قلت: وقاله القاضي الحسين، ونقل في «البسيط»: قطع القاضي بهذا، ثم قال: وينبغي أن يفصل؛ فإنْ قال: فإذا خنت فأنت أميني في تلك الحالة؛ فهذا في صورته متناقض، ومعناه شرط انتفاء الضمان عن الغاصب والمستعير، وإنْ قال: إذا تركت الخيانة، وعدت إلى الحفظ؛ فأنت أميني فهذا أيضًا، هي ابتداء استئمان، إلا أنه تعلق، فهذا إيداع معلق، فلا يبعد أن يكون كإنشائه عند وقوعه، انتهى.

قال: (**وَمَتَى طَلَبَهَا الْمَالِكُ**) أي: غير المحجور عليه فيها لرهن، أو سفه، أو فلس طرأ، فلا يلزمه الرد إليه، بل لا يجوز، ولا يخفى حكم ذلك.

(**لَزِمَهُ الرَّدُّ بِأَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا**) أي: دون مباشرة ردها بنفسه، وحملها إليه.

قال: (**فَإِنْ أَخَّرَ بَلَا عُذْرٍ؛ ضَمِنَ**) أي: لتعديه أو تعذر فلا، ومن الأعذار أن يطلبها له، وهي بخزانة لا يتأتى فتحها ذلك الوقت، أو يكون مشغولًا بصلاة، أو قضاء حاجة، أو طهارة، أو حمام، أو على طعام، فيؤخر حتى يفرغ، أو يكون ملازمًا لغريم يخاف هربه، أو كان ثم مطر فأخَّر حتى يقلع، وما أشبه هذا، ولا نزاع في الجواز، ولكن هل يضمن؟

....

قال في كتاب «الوكالة» من «البسيط» و«الوسيط» عن قول الأصحاب: إنْ كان التأخير بسبب تعذر الوصول إليها كما في جنح الليل؛ لم يضمن، وإنْ كان بسبب كونه في الحمام أو عِلى طعام؛ ضمن، وإنْ لم يفضِ بالتأخير، وجزم بذلك هاهنا.

ثم قال في «الوسيط» هناك: وهذا مُنْقَدِحٌ إذَا كَانَ التَّلَفُ بِسَبَبِ التَّأْخِيرِ، ويقيد إذا لم يكن التأخير سببًا فيه، ولفظ «البسيط»: لو كان تأخيره بهذه الأعذار سببًا في التلف، أطلق الأصحاب القول بالضمان، ثم حكى عن الإمام التفصيل المذكور.

قال ابن الرفعة: وما ذكره هنا إنما هُوَ احْتِمَالٌ لِلْإِمَامِ، والمنقول عن الأصحاب أنه لا يضمن في الجميع، كما صرَّح به القضاة أبو الحسين، وأبو الطيب، والْمَاوَرْدِيُّ، وابن الصباغ، وغيرهم في الوكيل إذا أخَّر الرد بهذا العذر، وطردوه في كلِّ أمانة كالمودع وغيره، وهو ما حكاه الْمُتَوَلِّي، فإيراد الْبَغَوِيِّ يقتضيه، انتهى، والأمر كما قال ابن الرِّفْعَة.

وقال في «الروضة»: إنه الراجح، وبه صرَّح كثيرون، وأحسن ابن يونس في «محيطه»، فقال هناك: الصحيح أنه لا ضمان لو تلفت، وقيل: إن كان التلف بسبب التأخير؛ ضمن، وإنما جاز بشرط سلامة العاقبة، والمذهب المحقق ما نقله ابن الرِّفْعَة عن الأصحاب.

تنبيهات: منها: لو كان العذر مما يطول زمنه؛ كاعتكاف شهر مثلًا نذره، وقد دخل فيه، أو إحرام يطول زمنه، فالقول ببقاء الوديعة عنده إلى فراغه من نسكه مضرٌّ بالمالك، فينبغي أن يقال: إنْ تمكن من توكيل أمين متبرع يخلي بينها وبين ربها لزمه ذلك، فإن أخَّر؛ ضمن، وإنْ لم يكن ذلك، فليرفع المودع الأمر إلى الحاكم؛ ليبعث إليه بعد ثبوت الإيداع عنده، أما أن يبعث إليه من يخلي بينه وبينها؛ فإن أبى بعث الحاكم معه أمينًا يسلمها إليه بشرطه، كما لو كان المودع غائبًا.

ومنها: قيدنا كلام المصنف ببقاء أهلية المالك للقبض وعدم مرتهن عدلها

....

معه، فلو كان عدل رهن لم يردها إلى مالكها بغير إذن المرتهن أو الحاكم بشرطه، ولو حجر على المودع بسفه طرأ لم يجز ردها إليه، بل إلى وليه من حاكم أو منصوبه، أو بفلس، وعلم به المستودع؛ فالظاهر أنه ليس له دفعها إليه إلا بإذن الحاكم، ولا نقل عندي في هذا وما قبله.

ومنها: ليس له أن يقول للمودع: لا أردها إلا بالإشهاد، وقيل: إنْ لم يفضِ إلى تأخير فله، وقيل: إنْ كان قد أشهد عليه؛ فله ذلك، وإلا فلا، ولعل الخلاف فيما إذا كانت أمانته مستمرة عليها، أما لو كانت قد دخلت في ضمانه بعدوان أو تقصير، فيشبه أن له ذلك، ويحتمل غيره، ولو أمره بالردِّ على وكيله، فله التأخير؛ ليشهد على الوكيل بالقبض، وفي وجوب ذلك على المودع وجهان، صحح الْبَغَوِيُّ وجوبه، والْغَزَالِيُّ عدمه.

ثم إنْ لم يتمكن من الردِّ على وكيله؛ لم يضمن، وإلا فوجهان؛ لأنه عزله بأمره بذلك فيصير أمانة شرعية، وفيها وجهان:

أحدهما: يمتد الرد إلى المطالبة، وأصحهما: تنتهي بالتمكين من الردِّ.

وفي «أساليب الإمام»: أنه لو قال: ردها على مَنْ قَدَرْتَ عَلَيْهِ مِنْ وُكَلَائِي، ولا تؤخر، فقدر على الردِّ على واحد منهم، فأخَّر ليرد على غيره؛ عصى وضمن، فإن لم يقل: ولا تؤخر؛ ضمن بالتأخير، وفي عصيانه وجهان[1] [ولو قال: على مَنْ شئت منهم، فلم يرد على واحد ليرد على الآخر؛ لا يعصي، وفي الضمان وجهان].

قلت: الأرجح عدمه.

ومنها: لو ادَّعى أن وكيله أو مودعه ضيَّع بلا عذر، صدق أمينه في نفي الغرم، [ولو وافقه على وقوع التأخير، ثم ادَّعى المالك انتفاء العذر، والأمين وجوده؛ صدق أيضًا بيمينه] لأنا نصدِّقه في دعوى الردِّ والتلف، والأصل عدمهما؛ فكذا في ادعاء العذر في التأخير لا محالة، قاله الإمام في كتاب «الوكالة».

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/ ٤٣٦).

وَإِنِ ادَّعَى تَلَفَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ سَبَبًا خَفِيًّا كَسَرِقَةٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ ذَكَرَ ظَاهِرًا كَحَرِيقٍ فَإِنْ عُرِفَ الْحَرِيقُ وَعُمُومُهُ صُدِّقَ بَلَا يَمِينٍ، وَإِنْ عُرِفَ دُونَ عُمُومِهِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ جُهِلَ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، ثُمَّ يَحْلِفُ عَلَى التَّلَفِ بِهِ.

ومنها: في«فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو قال: وضعتها بين أمتعتي، ولا أجدها الآن؛ لم يضمن، وأنه لو أبضع تاجرًا بضاعةً، ثم كتب إليه: أنفذها إليَّ مع ثقةٍ، ففعل فتلفت بيد الثقة، أو قال الثقة: قد تلفت بيدي.

قال الْقَفَّالُ: إنْ كان التاجر أشهد عليه الثقة بالتسليم؛ لا ضمان، وإلا ضمن [أي] على الأصحِّ، كما قاله الْبَغَوِيُّ في «الفتاوى» فلو اختلفا في الإشهاد؛ فقال: أشهدت، فماتوا أو غابوا صدق بيمينه، وأنه لو أودع المستعير العارية من غير ضرورة؛ صار متعديًا.

قال: (**وَإِن ادَّعَى تَلَفَهَا، وَلَمْ يَذْكُرْ سَبَبًا خَفِيًّا كَسَرِقَةٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) لِأَنَّهُ ائْتَمَنَهُ فَلْيُصَدِّقْهُ.

(**وَإِنْ ذَكَرَ ظَاهِرًا كَحَرِيقٍ، فَإِنْ عُرِفَ الْحَرِيقُ وَعُمُومُهُ؛ صُدِّقَ بَلَا يَمِينٍ**)؛ لِاحْتِمَالِ مَا ادَّعَاهُ.

(**وَإِنْ جُهِلَ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، ثُمَّ يَحْلِفُ عَلَى التَّلَفِ بِهِ**)؛ لاحتمال أنه لم يتلفه.

تنبيهات: منها: لو أطلق دعوى التلف، لم يكلف بيان السبب، وإذا نَكِلَ عَن الْيَمِينِ عن ذكر السبب الخفي حَلَفَ الْمَالِكُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَقِيلَ: عَلَى الجزم، ذكره الإمام.

ومنها: عدَّ المتولي موت الحيوان، والغصب من الأسباب الظاهرة، وألحق الْبَغَوِيُّ الغصب بالسرقة، قال الرَّافِعِي: وهو الأقرب.

قلت: وينبغي أنه إن ادَّعى موت الحيوان بقربه، أو رفقة سفر، فكما قال الْمُتَوَلِّي، أو يبرئه حال انفراده، وكالسرقة، وكذا يقال في الغصب: إن ادَّعَى وُقُوعَهُ فِي مَجْمَعٍ كرفقة أو سوق؛ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، وَإِلَّا فَلَا.

ومنها: إذا جوَّزنا نقل الوديعة للضرورة، فاختلفا في وقوعها.

قال: (وَإِنْ عُرِفَ دُونَ عُمُومِهِ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ) ويحتاج أن يحلف أنه

وَإِنِ ادَّعَى رَدَّهَا عَلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، ....

أخرجها لذلك السبب، وقيل: لا يحتاج، وإنْ لم يعرف ذلك؛ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، فإن فقدها صَدَّق المالك بيمينه، وقيل: بلا يمين، هكذا قاله الرَّافِعِي، وفي كلام الإمام ما ينازع في عدم تصديقه عند إمكان صدقه، وعزاه إلى المراوزة في طيئ.

قال: (وَإِنْ ادَّعَى رَدَّهَا عَلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ) هذا الكلام يشمل الردَّ على المالك وغيره ممن له الإيداع من مالك، وولي، ووصي، وقيم، وحاكم؛ لأنه ائتمنه كالمالك.

وقال شارح إثر قول «المنهاج»: «مَنْ ائْتَمَنَهُ» أي: وهو المالك، فافهم قصر ذلك عليه، وهو غلط، نعم، قال الرَّافِعِي: إنه لو أودعها الأمين لعذر، ثم ادَّعى أمينه الرد عليه صدق، قاله الْمُتَوَلِّيُّ والْغَزَالِيُّ.

قال الرَّافِعِي: وهو ذهاب إلى أنه إذا عاد من سفره يستردها، وبه صرَّح العباديُّ وغيره، وعن كلام الإمام أن اللائق بمذهب الشَّافِعِي منعه، بخلاف المودع يسترد من الغاصب على وجه؛ لأنه من الحفظ المأمور به.

قلت: ولفظ «النهاية»: وهذا بعيد عن أصل الشَّافِعِي، ثم ذكر فيه احتمالًا، ثم قال: وهذا يشبه تردد الأصحاب في أن وكيل الوكيل وكيله أو وكيل [الموكل المودع]، ثم قال: ومن تمام البيان، أنا إذا جوَّزنا له أن يستحفظ زوجته، أو عبده في ساعات من الليل أو النهار، أو على العموم، ثم أراد صرف زوجته وولده، ورد الوديعة إلى يده على حكم الاسترداد؛ فهذا متنوع بلا خلاف، فإن هؤلاء وقعوا اتباعًا، وكانت يده باقية، وإنْ قام بالحفظ غيره.

تنبيهات: ما ذكرته وما سبق، إنما يقبل قوله في الردِّ على من ائتمنه، إذا كان للمردود عليه أهلية القبض، وولايته حالة الردِّ، فيخرج من هذا صور كثيرة، ولو تبرم المودع بها، أو خاف عليها أودعها أمينًا؛ حيث يجوز له ذلك، أو عند إرادته السفر، وقصد بذاك الخروج من عهدتها، والانسلاخ من حكم استيداعها، خرج بذلك من البين؛ فلا قبض له بعد ذلك، ولا استرداد،

أَوْ عَلَى غَيْرِهِ كَوَارِثِهِ أَوِ ادَّعَى وَارِثُ الْمُودِعِ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ أَوْ أَوْدَعَ عِنْدَ سَفَرِهِ أَمِينًا فَادَّعَى الْأَمِينُ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، وَجُحُودُهَا بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ مُضَمِّنٌ].

فلو ادَّعى من ائتمنه الردَّ عليه؛ لم يقبل، وكذا لو انعزل الولي المودع بفسق أو غيره، ثم ادَّعى أمينه الردَّ عليه بعد انعزاله؛ لم [يصدق][1] فيما يظهر، وقس بهذا نظائره من طرأ سفه المودع، واتصال الحجر عليه به؛ لأنه رد على غير من له أهلية الاسترداد حين الرد، والعبارة الوافية بالغرض أن يقال: وإن ادَّعى الردَّ على من ائتمنه، وهما أهل للردِّ، والاسترداد حالة الرد صدق بيمينه.

قال: (**أَوْ عَلَى غَيْرِهِ كَوَارِثِهِ، أَو ادَّعَى وَارِثُ الْمُودِعِ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ، أَوْ أَوْدَعَ عِنْدَ سَفَرِهِ أَمِينًا، فَادَّعَى الْأَمِينُ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ؛ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ**) لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الرَّدِّ، وَلَمْ يَأْتَمِنْهُ، وما جزم به من أن دعوى وارث المودع الرد غير مقبولة إلا ببينة هو المجزوم به في كتب الرَّافِعِي وغيره، والجواب في «فتاوى الْقَفَّالِ» القبول، كما لو ادَّعى أَنَّ مُوَرِّثَهُ رَدَّهَا، أو أنها تَلِفَتْ فِي يَدِ مُورِثِه، قال: جاء معها، هكذا ذكر يعني شيخه الْقَفَّال، وسمعته بخلاف ذلك، أي: سمع نقلًا عن المذهب بخلافه، وكأنه يشير إلى ما حكى الرَّافِعِي عن «التتمة» أنهما لو تنازعا؛ فقال: وارثه رد عليك موكلك أو تلفت في يده، لا يقبل إلا ببينة.

وقال الْبَغَوِيُّ: يصدق بيمينه، وهو الوجه؛ لأن الأصل عدم دخولها في يده.

فرع: في «فتاوى القاضي الحسين»: أنه لو قال المودع للوارث: دفعتها إليك، أو تلفت في يدي بعد موت أبيك مطلقًا لا يقبل قوله، وإنْ قال: تلفت في يدي حال موت أبيك، أو رددتها حين مات أبوك، يقبل قوله؛ لأن الوديعة في تلك الحالة تكون أمانة في يديه، كالريح تلقي ثوبًا في حجرته، انتهى، وسكت الْبَغَوِيُّ جامعها على هذا التفصيل، وهو حسنٌ غريب.

قال: (**وَجُحُودُهَا بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ مُضَمِّنٌ**)؛ لخيانته.

قال في «الروضة»: وإن لم يطلبها المالك بل قال: لي عندك وديعة،

---

(١) في نسخة: (يقبل).

....

وسكت لم يضمن، وكذا إنْ أنكر في الأصحِّ؛ لأنه قد يكون في الإخفاء غرض صحيح، بخلاف ما بعد الطلب، فلو جحد ثم قال: كنت غلطت، أو نسيت لم يبرأ إلا أن يصدقه المالك، انتهى.

وقد يكون في الجحود بعد الطلب غرض صحيح للمالك، كمُصادر يدعي العدم، فيقم عليه الوديعة، فيقول له الظالم: لك وديعة عند فلان فاطلبها منه، فيطالبها منه كرهًا، وقرائن حاله تدل على إرادته جحوده أو طلبها ليدفعها إلى من يريد غصبها بلا مصادرة، أو يخشاه على منصبه ونحو ذلك، وحاله ما وصفنا؛ فالظاهر أن الجحود[1] هاهنا إحسان غير مضمن.

نعم لو قال المالك بعد تلفها: إنما طلبتها منك؛ لأفدي بها نفسي أو عرضي، أو منصبي، ولم أرد منك جحودها، وقال المودع: بل أردت ذلك مني؛ فالظاهر تصديق المالك، وأطلق شُرَيْح الرُّويَانِيّ في «روضته»: أنه لو جحد الوديعة لما ظلمه ظالم، لم يضمن في أحد الوجهين؛ لأنه غير متعد؛ بل حافظ، فإن قلنا: لا يضمن، فهل يحتاج أن ينوي عند الجحود أنه يقصد بجحوده إحرازها على مالكها، ومنع الظالم؟ حكى جدي وجهين، ولو سأل رجل المودع: هل عندك وديعة لفلان؟ فقال: لا، فهل يصير ضامنًا لها؟ وجهان حكاهما جدي، ولو نسي المودع كون الوديعة عنده فأنكرها ثم تذكرها، حكى جدي في وجوب الضمان وجهين.

فصل في فروع مبددة [مفيدة][2]:

في «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو قال: أودعت عند أبيك كذا فأنكر، ثم قال: غلطت والآن بان لي أنه أودعه إلا أن الوديعة هلكت في يد أبي؛ قبل منه، ولو قال: علمت أنه أودعه إلا أني كذبت في إنكاري إيداعه، ولكنه كان قد تلفت

---

(١) في الأصل (المجحود).

(٢) قَوْلُهُ: مُبَدَّدَةٌ، أَيْ: مُتَفَرِّقَةٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْبَابِ، وَالْفَطِنُ يَرُدُّ كُلَّ مَسْأَلَةٍ مِنْهَا إلَى مَا يُنَاسِبُهُ مِمَّا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا جَمَعَهَا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ فَرَّقَهَا لَاحْتَاجَ إلَى أَنْ يَقُولَ فِي أَوَّلِ كُلٍّ مِنْهَا: قُلْت، وَفِي آخِرِهَا، وَاَللهُ أَعْلَمُ، انظر: تحفة المحتاج (١١/ ٣٠٦).

....

في يد أبي؛ يضمن في التركة، فإنْ لم يترك شيئًا لم يلزمه شيء، ولو قال: لم يودعه شيئًا، ثم قال: غلطت، وكان في تركته شيء بهذه الصفة، ولم أعلم أنه وديعة، وقد تلفت في يدي، وقد بان لي أنه ذلك؛ لم يضمنه، فلو قال: في هذه الصورة كذبت وعلمت أنه وديعة إلا أنه هلكت بعد ذلك في يدي؛ ضمنه في ماله دون تركة أبيه.

وإنا إذا قلنا بظاهر المذهب أن ترك الإيصاء بها مضمن، سواء كان في التركة من جنسها أم لا، فاختلف الوارث والمودع، فقال الوارث: أوصي بها إلا أنها هلكت، وقال المودع: لم يوص؛ صدق إلا أن يقيم الوارث بينة بالوصاية، وأنه لو قال: ردها عليّ، فقال: الآن لا تصل يدي إليها، ثم جاء فقال: تلفت في يدي؛ صدق، ولو قال: بلى أردها، أو أنا أردها ثم جاء بعد، وقال: كانت قد غصبت مني قبل أن يطالبني بالردِّ؛ صدق ولا ضمان، إذ ربما نرجو إخلاصها، وكذا لو قال: بلى أرد، وهي في البيت، فلما ذهب إليه كانت قد هلكت، فادَّعى ذلك؛ قبل منه، بخلاف ما لو قال: كانت قد سرقت مني حين قلت: هي في البيت؛ فإنه يضمن إذا لم يدع أمرًا محتملًا؛ وأنه لو دخل داره رجل معه متاع فوضعه بين يديه، ولم يقل له: احفظْ، ولا تسلِّمه رب الدار، ثم أخبر بأنه حصل بالقرية نهب، فنقله مع أمتعته من داره فسرق؛ لم يضمن، وكذا في الحريق، ولو أخبر بالغارة، وبعد لم يدخلوا القرية فنقله، قال: لا يكون متعديًا بنقله إذا كان المخبر صادقًا؛ لأن الخوف كذا يكون، وأنه لو أودعه مفتاح حانوته؛ فجاء شريك صاحب المفتاح؛ فدفعه إليه فذهب فأخذ جميع ما في الحانوت؛ فعلى المودع قيمة المفتاح لا غير؛ لأنه لم يودعه غيره.

قال الْقَفَّالُ: ولو كانت المسألة بحالها فدفع المفتاح إلى أجنبي، وقال له: اذهب واسرق ما في الحانوت؛ لم يضمن إلا المفتاح، نعم! لو استحفظه ما في الحانوت، ثم سلَّم المفتاح إلى أجنبي، ضمن ما في الحانوت؛ لأنه ضيَّع الوديعة بذلك.

ومن «فتاوى» صاحبه القاضي الحسين: أن المودع لو قال للمودع:

....

غصبتَ مني الوديعة، صار ضامنًا؛ لأن الغالب أن الاغتصاب لا يكون إلا بعد الامتناع من الردِّ.

قلت: وفيه وقفة، إذ قد يريد أخذها بغير رضاي، وكنت أرى المصلحة في بقائها عندي؛ لأنه أحرز لها، وهذا يطلق عادةً على ما يفعله الإنسان طوعًا، وهو كارهٌ بقلبه، فيقول القائل: فعلته غصبًا، وأخذه مني غصبًا وبعته، ورهنته، وأعرته غصبًا، ولا يريد به حقيقة الغصب الذي تبعه امتناع، وأعقبه أخذ كُرهًا، وأنه لو قال للمودع: إنك رفعت الوديعة من صندوقي وحرزي؛ الأظهر أنه لا يقبل قوله، بخلاف دعوى الردِّ، والفرق أنه هنا يدعي فعل المودع، وهو الرَّفع؛ فلم يقبل، وهناك يدعي فعل نفسه، وهو الرد؛ فقبل.

قال: ويحتمل أن يقال: يقبل كما لو ادَّعى أنها سرقت أو غصبت، وأنه لو أقرَّ المودع بالوديعة لآخر، ثم تلفت بعد ذلك في يد المودع، فهو كما لو مات المودع؛ لأنه قد انعزل بإقراره للغير؛ فإن تمكن من ردِّها على المقر له، فلم يرد؛ ضمن، وقيل: التمكن لا يضمن.

ومن «فتاوى» صاحبه الْبَغَوِي: أنه لو أودعه شيئًا، فذهبت به الغَارة، فليس للمودع حفر داره، إلا أن يكون متعديًا في وضعه فيحفر؛ كالدينار يقع في المحبرة.

قلت: ويصدق في ذلك كالسرقة، وأنه لو أبضعه بضاعةً، فقال: نمتُ وضاعتْ، إنْ نام بعيدًا من رحله، وقد تفرَّق أهل الرفقة؛ ضمن، وإنْ لم يكن بهذه الصفة؛ لم يضمن.

وأنه لو أودعه عبدًا فأبق، فلم يخبر المالك إلا بعد أيام، لا يصير ضامنًا بذلك، كما لو مرض العبد، فلم يخبره بمرضه حتى مات.

وأنه لو ظفر بغير جنس حقه من غريمه المماطل؛ فوضعه أمانةً عند رجل ليستوفي منه حقه فردَّه أمينه على مالكه؛ لم يضمن لذي الحق شيئًا، بخلاف ما لو كان من جنس حقه، فأخذه متملكًا؛ فيضمن الراد لصاحب الحق.

....

وأنه لو أودعه شاةً، فَجَرَّهَا أو وسمها أو قطع أذنها؛ ضمنها، أو حلبها ضمن اللبن فقط.

وأنه لو أودع كيسًا مختومًا، فيه دراهم، فبقي عنده عشر سنين، ثم استرده صاحبه، وادَّعى فض الختم والخيانة، فأنكر المودع ذلك، مع اعترافه بأن الوديعة بيده من عشر سنين؛ ففتح الكيس فإذا فيه دَرَاهِمَ مِنْ ضَرب خمس سنين، صدق بيمينه، ولا ضمان عليه لاحتمال؛ أنه ضُرِبَ هكذا، أو أن غيره فعله.

وأنه لو أودعه عبدٌ شيئًا، ولم يعلم رقه؛ كان ضامنًا، إذا تلف عنده، قال: ويحتمل أن يكون كالغاصب يودع، فيتلف عند المودع لا يتقرر الضمان عند المودع، وهل يكون طريقًا؟ فيه وجهان.

ومن «زيادات العباديِّ»: أنه لو سرقت الوديعة فجاء المودع يطلبها، فقال: أردها، ولم يخبره، ثم طالبه فأخبره، هل يضمن؟ في الحكم نظر، إن كان يرجو وجودها فلا ضمان، وإنْ كان آيسًا منه؛ ضمن، قال: ويجب ألا يضمن بكل حال.

وسُئِلَ الشَّيْخُ ابن عبد السلام عَمنْ عنده وَدِيعَةٌ، مَضَتْ عَلَيْهَا مُدَّةٌ طَوِيلَةٌ، وَلَمْ يَعْرِفْ ربها، وَأَيِسَ مِنْ مَعْرِفَتِهِ؟

فَقَالَ: إذا يأس مِنْ مَعْرِفَتِهِ بَعْدَ الْبَحْثِ التَّامِّ؛ قد يَصْرِفُهَا فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ، وَيُقَدِّمُ أَهْلَ الضَّرُورَةِ، وَمَسِيسِ الْحَاجَةِ، وَلَا يَبْنِي بِهَا مَسْجِدًا، وَلَا يَصْرِفُهَا إِلَّا فِيمَا يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ الْعَادِلِ صَرْفُهَا فِيهِ، وَإِنْ جَهِلَهُ؛ فَلْيَسْأَلْ أَوْرَعَ الْعُلَمَاءِ، وأعرفهم بِالْمَصَالِحِ الْوَاجِبَةِ التَّقْدِيمِ، انتهى.

وكلام غيره يقتضي؛ أنه يدفعها إلى القاضي الأمين، ولعله إنما قال ذلك لفساد الزمان، وينبغي أن يقال: يعرِّفها كاللقيط؛ فلعل صاحبها موجود، ولكنه نسيها أو نسي مَنْ هي عنده، فإنْ لم يظهر؛ صرفها فيما ذكر.

فائدة: رأيت لبعض أصحابنا أن الأمين على البهيمة المأكولة كالمودع والراعي ونحوهما، لو رآها وقعت في مهلكة فذبحها؛ جاز، وإن تركها حتى

....

ماتت؛ فلا ضمان.

قلت: وفي عدم الضمان إذا أمكنه تخليصها، بلا كلفة نظر، والظاهر أن المالك لو نازعه في ذبحها لما ادَّعاه أنه لا يصدق إلا ببينة.

خاتمة

تضمن كلام «الروضة»: أنه لَو ادَّعَى عَلَيْهِ وَدِيعَةً؛ فقال: لَا يَلْزَمُنِي تسليم شيء إليك، أنه يَكْفيه هذا الْجَوَاب، وذكر قبيل دعوى النسب، أنه لا يكفي منه به؛ لأنه إِنَّمَا عليه التَّخْلِيَةُ لا التسليم، قال: ويتعين تأويل المذكور في الوديعة، وبالله التوفيق ونسأله حسن الخاتمة.

كِتَابُ قَسْمِ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ

قال المصنف: [الْفَيْءُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِلَا قِتَالٍ وَإِيجَافِ خَيْلٍ وَرِكَابٍ كَجِزْيَةٍ وَعُشْرِ تِجَارَةٍ وَمَا جَلَوْا عَنْهُ خَوْفًا وَمَالِ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ وَذِمِّيٍّ مَاتَ بَلَا وَارِثٍ

قال الشارح: (الْقَسْمُ): بفتح القاف مصدر قسمت الشيء.

و(**الْفَيْءُ**): مصدر فاء يفيء: إذا رجع(١).

و(**الْغَنِيمَةُ**): فعلية من الغنم والربح، وقيل: الفائدة الحاصلة بلا بذل، وكانت تترك قديمًا، فتنزل نارٌ فتحرقها، ثم أحلت لهذه الأمة.

والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ﴾ [الحشر: ٧]، وقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١].

قال: (**الْفَيْءُ**(٢): **مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بَلَا قِتَالٍ، وَإِيجَافِ خَيْلٍ وَرِكَابٍ، كَجِزْيَةٍ وَعُشْرِ تِجَارَةٍ، وَمَا جَلَوْا عَنْهُ خَوْفًا، وَمَالِ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ، وَذِمِّيٍّ مَاتَ بَلَا وَارِثٍ**) أورد على هذا التعريف ما لو دخل دار الحرب مُتَلَصِّصًا، وسرق شيئًا؛ فإنه يكون غنيمة مخمسة على الصحيح، وسيأتي بيانه، وما أهدوه والحرب قائمة؛ فإنه غنيمة كما سيأتي قوله، وما جلوا عنه خوفًا، زاد في «الروضة» و«الشرحين»: مِنْ الْمُسْلِمِينَ، وليس بقيد كما ظنه شارح، فقيد به إطلاق [كلام] المنهاج، ولو حذفت لفظة الخوف جاز، فإنما جلوا عنه لضُرٍّ نالهم أو غيره كذلك.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/ ٤٣٦).

(٢) قَالَ الْقَفَّالُ فِي «محاسن الشريعة»: سُمِّيَ الْفَيْءُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى خَلَقَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا لِلِاسْتِعَانَةِ عَلَى طَاعَتِهِ، فَمَنْ خَالَفَهُ فَقَدْ عَصَاهُ، وَسَبِيلُهُ الرَّدُّ إلَى مَنْ يُطِيعُهُ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَشْمَلُ الْغَنِيمَةَ أَيْضًا؛ فَلِذَلِكَ قِيلَ: اسْمُ الْفَيْءِ يَشْمَلُهَا دُونَ الْعَكْسِ، وَمِنْ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ: يُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ الْفَيْءِ، وَقِيلَ: اسْمُ كُلٍّ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ، فَإِنْ جُمِعَ بَيْنَهُمَا افْتَرَقَا كَالْفَقِيرِ وَالْمِسْكِينِ، وَالْمَشْهُورُ تَغَايُرُهُمَا، انظر: مغني المحتاج (١١/ ٣٥٩).

فَيُخَمَّسُ. وَخُمْسُهُ لِخَمْسَةٍ: ....

إشارة: (الإيجاف): الإعمال، وقيل: الإسراع.

و(الْوَجِيفُ): ضربٌ مِنْ سَيْرِ الْخَيْلِ والإبل.

و(الرِّكَابُ): الإبلُ، وَاحِدَةُ رَاحِلَة، مِنْ غير لَفْظِهَا.

[ثُمَّ ذَكَرَ أَنْوَاعًا سِتَّةً مِنَ الْفَيْءِ أَشَارَ لَهَا بِقَوْلِهِ: (كَجِزْيَةٍ وَعُشْرِ تِجَارَةٍ) مِنْ كُفَّارٍ شُرِطَتْ عَلَيْهِمْ إِذَا دَخَلُوا دَارَنَا، وَخَرَاجٍ ضُرِبَ عَلَيْهِمْ عَلَى اسْمِ جِزْيَةٍ.

(وَمَا جَلَوْا) أَيْ: تَفَرَّقُوا.

(عَنْهُ خَوْفًا) مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ غَيْرِهِمْ.

(وَمَالِ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ) عَلَى الرِّدَّةِ.

(وَذِمِّيٍّ) أَوْ نَحْوِهِ.

(مَاتَ بَلَا وَارِثٍ) أَوْ تَرَكَ وَارِثًا غَيْرَ حَائِزٍ][(١)].

قال: (**فَيُخَمَّسُ**) أي: لإطلاق قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ﴾ [الحشر: ٧].

قال ابن المنذر: هذا شيء انفرد به الشَّافِعِي، ولا نعلم أحدًا قبله، قال: إن الفيء يخمس، وعن القديم: إن مال المرتد لا يخمَّس، فقيل: يختص هذا القول بالمرتد، ويخمَّس ما سواه قطعًا، وقيل: ما تركوه خوفًا يخمَّس، وفيما سواه القولان، وبهذا قال الجمهور، وقيل: في جميع أموال الفيء قولان، الجديد: يخمس كالغنيمة، والقديم: المنع.

قال: (**وَخُمْسُهُ لِخَمْسَةٍ**) واعلم أن مال الفيء يقسم خمسة أقسام متساوية، وبه يؤخذ منها سهم، فيقسم خمسة أسهم متساوية، فتكون القسمة من خمسة وعشرين سهمًا، كذا كان يقسمه النبي ﷺ، وكان له أربعة أخماس الفيء، وخمس الخمس الباقي، فله من الخمسة والعشرين أحد وعشرون سهمًا، ينفق منها على نفسه الكريمة وعياله، ويدخر مؤنة سنة، ويصرف الباقي في

---

(١) ما بين المعكوفتين سقط شرحه، والمثبت من «مغني المحتاج» (١١/ ٣٥٩).

أَحَدُهَا مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ كَالثُّغُورِ وَالْقُضَاةِ وَالْعُلَمَاءِ يُقَدَّمُ الْأَهَمُّ، ....

المصالح، كذا قاله أكثر أصحابنا.

وقال الْغَزَالِيُّ وغيره: كان الفيء جميعه له ﷺ إلى أن توفي، وإنما تخمَّس بعد موته.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: اختصاصه عليه السلام بجميع الفيء كان في أول حياته.

قال: (**أَحَدُهَا: مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ كَالثُّغُورِ**[1] **وَالْقُضَاةِ وَالْعُلَمَاءِ**)[2] هذا هو السهم المضاف إلى الله تعالى ورسوله في قوله تعالى: ﴿فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الحشر: ٧] وهو سهمٌ واحدٌ، ولو كان غير سهم رسوله ﷺ لكانا سهمين، وكان سدسًا، وإنما أضيف إليه سبحانه وتعالى عَلَى جِهَةِ التَّبَرُّكِ، والابتداء باسمه تعالى، وإشارةً إلى أن مصرفه للقرب، لا قضاء الشهوات، كما فعله ملوك الجاهلية، أو ذكر اسمه تعالى مع اسم رسوله؛ تشريفًا وتعظيمًا.

ثم هذا السهم بعده ﷺ مصروف إلى مصالح المسلمين؛ كسدِّ الثغور بالرجال، والعدد وغيرها، وعمارة الحصون والقناطر والمساجد، وأرزاق القضاة، والعلماء المتعطل عن الكسب بالاشتغال بعلوم الشرع.

ولنا قول أو وجه: أن سهمه ﷺ سقط بعد وفاته، وبقيت القسمة على الأسهم الأربعة الباقية، وقيل: يصرف إلى خليفة الزمان، وهو شاذٌّ.

قال: (**يُقَدَّمُ الْأَهَمُّ**) أي: وجوبًا، وهو سدُّ الثغورِ؛ لأنه تتعلق به مصلحة عامة، كما قاله في «التنبيه» لأن به حفظ المسلمين.

فرع: لو لم يدفع السلطان إلى من ذكرنا حقهم من بيت المال عدوانًا؛

---

(١) الثُّغُورِ: هِيَ مَوَاضِعُ الْخَوْفِ مِنْ أَطْرَافِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ الَّتِي تَلِيهَا بِلَادُ الْمُشْرِكِينَ فَيَخَافُ أَهْلُهَا مِنْهُمْ.

(٢) نَبَّهَ الْمُصَنِّفُ -رَحِمَهُ الله تَعَالَى- بِالْعُلَمَاءِ عَلَى كُلِّ مَا فِيهِ مَصْلَحَةٌ عَامَّةٌ لِلْمُسْلِمِينَ كَالْأَئِمَّةِ وَمُعَلِّمِي الْقُرْآنِ وَالْمُؤَذِّنِينَ؛ لِأَنَّ الثُّغُورَ حِفْظُ الْمُسْلِمِينَ وَلِئَلَّا يَتَعَطَّلَ مَنْ ذُكِرَ بِالِاكْتِسَابِ عَنْ الِاشْتِغَالِ بِهَذِهِ الْعُلُومِ وَعَنْ تَنْفِيذِ الْأَحْكَامِ، وَعَنْ التَّعْلِيمِ وَالتَّعَلُّمِ، فَيُرْزَقُونَ مَا يَكْفِيهِمْ لِيَتَفَرَّغُوا لِذَلِكَ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ نَقْلاً عَنْ الْغَزَالِيِّ: تُعْطَى الْعُلَمَاءُ وَالْقُضَاةُ مَعَ الْغِنَى وَقَدْرُ الْمُعْطَى إلَى رَأْيِ السُّلْطَانِ بِالْمَصْلَحَةِ، وَيَخْتَلِفُ بِضِيقِ الْمَالِ وَسَعَتِهِ، انظر: مغني المحتاج (١١/ ٣٦٤).

وَالثَّانِي بَنُو هَاشِمٍ وَالْمُطَّلِبِ يَشْتَرِكُ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ ....

فهل لأحدهم أخذ شيء منه؟ فيه أربعة مذاهب للناس محكية في «الإحياء»:

أحدها: لا؛ لأنه مشترك، ولا يدري نصيبه منه حبةً أو دانقًا أو غيرهما، قال الْغَزَالِيُّ: وهذا غلوٌّ.

وثانيها: يأخذ كلَّ يومٍ قوت يومه [نفسه] فقط.

وثالثها: كفاية سنة.

ورابعها: يأخذ ما يعطى، وهو حقه، والباقي مظلومون، قال: وهو القياس؛ لأن المال ليس مشتركًا كالميراث، وكذلك إذا مات لا يصرف إلى ورثته.

وهذا إذا صرف إليه ما يليق صرفه إليه، وسكت الشيخ في شرح «المهذب» على ذلك، فعلى هذا لو لم يعط شيئًا؛ فهل له أن يأخذ خفيةً، ذلك إذا أمكنه، كالظافر بمال الغريم؟ الظاهر نعم، وأولى بالجواز.

قال: (**وَالثَّانِي: بَنُو هَاشِمٍ وَالْمُطَّلِبِ**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] وهم من ذكره المصنف دون بني عبد شمس ونوفل، وهُمَا ابْنَا عَبْدِ مَنَافٍ أيضًا؛ لأنه ﷺ وضع سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب، وترك الآخرين، وقال حين سُئِلَ عن تركهم: «**نَحْنُ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ**»[١] رواه البخاري.

قال: (**يَشْتَرِكُ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ**)؛ للاشتراك في العلة، ولإطلاق الآية الكريمة، وكان العباس رضي الله عنه يأخذ منه، وهو من أيسر قريش، وقيل: يختص بفقرائهم، وكذلك يشترك فيه الحاضر في موضع الفيء، والغائب عنه على الصحيح.

قال الإمام: ولو كان الحاصل من الفيء قدرًا، لو وزِّع عليهم، لم يسد مسدًا، فيقدَّم الْأَحْوَجُ فَالْأَحْوَجُ، وَلَا يَسْتَوْعِبُ لِلضَّرُورَةِ [وَتَصِيرُ الْحَاجَةُ مُرَجِّحَةً، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُعْتَبَرَةً فِي اسْتِحْقَاقِ هذا السَّهْمَ] هكذا نقلاه عنه،

(١) أخرجه البخاري (٣٥٠٢).

وَالنِّسَاءُ وَيُفَضَّلُ الذَّكَرُ كَالْإِرْثِ، ....

وأقراه، ولم أَرَه لغيره، وأهمله الْغَزَالِيُّ، وظاهر كلام «بسيطه» يقتضي خلافه.

قال: (**وَالنِّسَاءُ**)؛ لإطلاق الآية به؛ لأن الزبير رضي الله عنه كان يأخذ منه سهم أمه صفية عمة رسول الله ﷺ ورضي عنها- وفي «كتاب النسائي»: أنه ﷺ أسهم لها يوم حنين(١).

قال: (**وَيُفَضَّلُ الذَّكَرُ كَالْإِرْثِ**) أي: على المشهور؛ لأنه مال يستحق بقرابة الأب، وكانت الأنثى فيه على النصف، وقال الْمُزَنِيُّ وأبو ثور: يسوى بينهما.

قال القاضي الحسين، والإمام، والْغَزَالِيُّ: وهو الأقيس كالوصية.

وقال منصور التميمي في كتابه «المستعمل»: أخبرني بذلك جُنَيْد عَن الزَّعْفَرَانِيِّ عن الشَّافِعِي: أن الذكر والأنثى منهم في ذلك سواء، انتهى.

ونقل ابن المنذر، والتفصيل عن الشَّافِعِي، قال: وخالفه أصحابه، فقالوا: الذكر والأنثى فيهم سواء، قال: وهذا أصحُّ؛ لأنهم أعطوا بأسهم القرابة كالوصية، ألا ترى أن الجد يأخذ مع الأب، وأن ابن الابن يأخذ مع الابن وكلُّ هذا يدلُّ على أنه ليس كالتوريث، انتهى، وهذا أقوى.

تنبيهات: منها: نبَّه المصنف بقوله: «كَالْإِرْثِ» على إعطاء الصغير كالكبير، وأنه لا يفضل ذكر على ذكر، ولا أنثى على أنثى، وهل يسوي بين من يدلي بجهتين أو يدلي بجهة الصحيح؟ نعم، خلافًا للقاضي الحسين رضي الله عنه.

وسكتوا عن سهم الخنثى، والظاهر أنه يعطى سهم أنثى، ولا يوقف شيئًا، ولا حق فيه لأولاد البنات؛ لفقد النسب.

ومنها: من استفاض نسبه أنه منهم؛ اكتفى بذلك، وإلا لزمه إقامة البينة، إذا طلب سهمه، قاله الإمام.

وفي «الحاوي» في كتاب «العاقلة»: أن أبا إِسْحَاق، وَابن أَبِي هُرَيْرَةَ، وَأَكْثَر أَصْحَابِنَا، قالوا: إِن ادَّعى الرَّجُلُ أَنَّهُ مِنْ قُرَيْشٍ، وَقُرَيْشٌ تَسْمَعُ قولَه،

(١) أخرجه النسائي (٦/ ٢٢٨).

وَالثَّالِثُ الْيَتَامَى، وَهُوَ صَغِيرٌ لَا أَبَ لَهُ، وَيُشْتَرَطُ فَقْرُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَالرَّابِعُ وَالْخَامِسُ الْمَسَاكِينُ وَابْنُ السَّبِيلِ، ....

وَلَا تُنْكِرُهُ، أَوْ ادَّعى أَنَّهُ مِنْ بَنِي هَاشِمٍ، وَبَنُو هَاشِمٍ يَسْمَعُونَه، وَلَا يُنْكِرُونَهُ؛ أن يُحْكَمَ بِنَسَبِهِ منهم بِإِقْرَارِهِمْ له عَلَىً ذلك، وَبِمِثْلِ هَذَا تَثْبُتُ أَكْثَرُ الْأَنْسَابِ الْعَامَّةِ، وسيأتي ما ينازع فيما قاله، ويشبه أن محل ما ذكره فيمن نشأ فيهم ونحوه، أما لو قدم غريب، وادَّعى ذلك، وسكتوا فلا.

وقال صاحب «التلخيص»: لا يقبل اليتيم والقرابة إلا ببينة، وأقره في رواية «الروضة».

ومنها: لا يجوز دفع شيء من سهم ذوي القربى إلى مواليهم.

قال: (**وَالثَّالِثُ: الْيَتَامَى**)؛ للآية.

قال: (**وَهُوَ صَغِيرٌ لَا أَبَ لَهُ**) أي: سواء كان له جد أم لا، من أولاد المرتزقة أم من غيرهم، قتل أبوه في الجهاد أم لا، على الصحيح فيهن.

إشارة: قال قائل: قضية تفسيره اليتيم أن ولد الزنا واللقيط يعطيان، وأبداه عصري تَفَقُّهًا، قال: وقد يمنع اللقيط؛ لأنه غني بنفقته من بيت المال، وولد الزنا لَا أَبَ لَهُ شَرْعًا؛ فَلَا يُوصَفُ بِالْيُتْم.

قلت: ولا بدَّ من ثبوت الْيُتْم، وَهُوَ كَالْمُتَعَذِّرِ فِي اللَّقِيطِ؛ فَإِنْ ثَبَتَ يُتْمُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ، وخرج على كونه لقيطًا، ثم المراد يتامى المسلمين دون أيتام الكفار، قاله الْمَاوَرْدِيُّ.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فَقْرُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ**) لأن لفظ اليتيم يشعر بالضعف والحاجة؛ ولأنه إذا استغنى بمال أبيه، وامتنع استحقاقه، فبِمَالِ نفسه أَوْلَى أن يمنع، والثاني: لا يشترط؛ لشمول الآية، وكذوي القربى.

قال القاضي الحسين: هذا مذهبنا، ومذهب عامة أصحابنا، انتهى.

فكان الأجود أن يعتبر المصنف بالأظهر؛ لأن الثاني مشهور أيضًا، وَلَا خَفَاءَ أَنَّ مَسْكَنَةَ الْيَتِيمِ كَفَقْرِهِ.

قال: (**وَالرَّابِعُ وَالْخَامِسُ: الْمَسَاكِينُ وَابْنُ السَّبِيلِ**)؛ للآية، وسيأتي بيانها

وَيَعُمُّ الْأَصْنَافَ الْأَرْبَعَةَ الْمُتَأَخِّرَةَ، وَقِيلَ يُخَصُّ بِالْحَاصِلِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ فِيهَا مِنْهُمْ،

في الباب بعده، ويدخل في حكم المساكين الفقراء وأسهمهم على الصحيح، كما صرَّح به القاضي أبو الطيب وغيره. وفي لفظ نصِّ «البويطي» إشكالٌ، قال: وخمس الخمس لليتامى، وهم كل يتيم وفقير، وليس للأيتام الأغنياء من ذلك شيء، والخمس للفقراء، وهم المتعففون الذين لا حرفة ولا مال، وخمس الخمس للمساكين، وهم الذين لهم النسب، لا يقوم ذلك بمؤنتهم، فيدخل في ذلك الطوافون، انتهى، ولعل ذلك للخلل في النسخة.

قال: (**وَيَعُمُّ الْأَصْنَافَ الْأَرْبَعَةَ الْمُتَأَخِّرَةَ**) أي: لظاهر الآية، وكالإرث.

(**وَقِيلَ: يُخَصُّ بِالْحَاصِلِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ فِيهَا مِنْهُمْ**) كالزكاة ولمشقة النقل، وهو قول أبي إسحاق وزيفوه؛ فعلى المذهب لا يجوز الاقتصار على إعطاء ثلاثة من اليتامى، ولا من المساكين، ولا من أبناء السبيل، كالزكاة يفرقها الإمام، هذا ما نقلاه.

قلت: وذكرا قبله أنه يجوز أن يفاوت بين اليتامى، وكذا في المساكين، وأبناء السبيل؛ لأن هؤلاء يستحقون بالحاجة، فتراعى حاجاتهم، بخلاف ذوي القربى؛ فإنهم يستحقون بالقرابة، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إذا شرطنا الفقر في اليتامى جاز الصرف إلى بعض دون بعض، ويجوز أن يجتهد الإمام بينهم في التسوية والتفضيل.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: سواء من مات أبوه أو قتل، وإن قلنا: لا يشترط الفقر؛ اختص به مَنْ قتل أبوه في الجهاد فقط، ولا يختص به بعضهم، ثم على قول الشَّافِعِيِّ يفرق في أيتام جميع الأقاليم، وعلى قول أبي إسحاق، ما في كل إقليم في يتاماه، ويسوى فيه بين الذكر والأنثى، كالوقف، وكلام ابن الصباغ يقتضي أن قول أبي إسحاق ومقابله تجريان على القول الأول أيضًا، انتهى نقل ابن الرِّفْعَة.

وأما سهم المساكين؛ فقال الْمَاوَرْدِي: اختلف أصحابنا فيمن يستحقه، على وجهين:

أحدهما: جميع مساكين المسلمين.

وَأَمَّا الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ ....

والثاني: مساكين أهل الجهاد الذين عجزوا عنه بالمسكنةِ والزَّمانةِ.

فعلى هذا يجب تفريقه في جميع الأقاليم، خلافًا لأبي إسحاق، ويجب أن يسوى بينهم من غير تفضيل بين كبير وصغير، وذكر وأنثى، ولا يجوز أن يجمع لهم بين سهم من الخمس، وسهم من الزكاة، ويجوز الدفع إليهم من الكفارات، وإنْ فرعنا على أن الأول؛ جاز أن يختص به البعض، وأن يفضل، وأن يجمع بين سهم من الخمس، وسهم من الزكاة.

تتمات: إذا جمع واحد صفتي اليتم والمسكنة.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: أُعْطِيَ بِالْيُتْمِ؛ لأنها صفة لازمة، والمسكنة صفة زائلة، ونقل في ابن السبيل الوجهين السابقين في المساكين، وفرَّع عليهما الخلاف في الأمور السابقة؛ إذا فقد بعض الأصناف وزَّع على الباقين، إلا سهم رسول الله ﷺ؛ فإنه للمصالح.

قال صاحب «التلخيص»: لو ادَّعَى أَنَّهُ مِسْكِينٌ، أَوْ ابْنُ سَبِيلٍ؛ قُبِلَ بِلَا بَيِّنَةٍ، ولا يقبل اليتم والقرابة إلا ببينة، وسكت عليه في «زوائد الروضة»، ويظهر أن يأتي في المسكين وابن السبيل ما سيأتي في قسم الصدقات، شرط الأخذ من الفيء من هذه الأصناف الأربعة الإسلام، وألا يكون من الصدقات المثبتين المتصلين في ديوانه، قالوا: فلا حق لأهل الصدقات في الفيء، ولا لأهل الفيء في الصدقات، ولو احتجنا إلى من يكفينا شر الكفار، ولا مال لبيت المال لم يجز إعطاء المرتزقة من الزكاة على الأصحِّ، بل يجب على أغنيائنا إعانتهم، وفي النفس من هذه الأحكام شيء، ويحتاج إلى دليل واضح، ما سبق أنه يجب[(١)] تعميم ذوي القربى، وما قاله الإمام عند الضيق من تقديم الْأَحْوَجُ، وَلَا يَسْتَوْعِبُ لِلضَّرُورَةِ، وَتَصِيرُ الْحَاجَةُ مُرَجَّحَةً، قال: ولا يسقط سهم ذوي القربى؛ بإعراضهم على الأظهر، وينبغي أن يطرد ما ذكره أولًا في غيرهم.

قال: **(وَأَمَّا الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ)** أي: التي كانت لرسول الله ﷺ في حياته.

(١) في نسخة: (سوى أنه يجب).

فَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا لِلْمُرْتَزِقَةِ، وَهُمْ الْأَجْنَادُ الْمُرْصَدُونَ لِلْجِهَادِ، فَيَضَعُ الْإِمَامُ دِيوَانًا، وَيُنَصِّبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ جَمَاعَةٍ عَرِيفًا ....

(**فَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا لِلْمُرْتَزِقَةِ، وَهُمُ الْأَجْنَادُ الْمُرْصَدُونَ لِلْجِهَادِ**) أي: لعمل السلف الصالح.

والثاني: أنها للمصالح خمس الخمس، واختاره ابن أبي عصرون.

والثالث: يقسم كما يقسم الخمس، ونسب إلى القديم؛ فعليه يقسم الفيء كله خمسة أقسام، وهذا غريبٌ.

قال في «الروضة»: فعلى الثاني يبدأ بالأهم فالأهم، وأهمها تعهد المرتزقة، وكذا حكم خمس الخمس، فالقولان الأولان متفقان، على أن المصرف المرتزقة؛ وإنما يختلفان فيما فضل عنهم، انتهى.

قلت: قال الْمَاوَرْدِيُّ: الفرق بين القولين؛ أنهم على قولنا: إنها للمصالح لا يزادون على أرزاقهم عند اتساع المال، وعلى الآخر يزادون، وأنهم على قولنا: للمصالح إِذَا ضَاقَ الْمَالُ يَقْضُونَ بَقِيَّةَ أَرْزَاقِهِمْ، وَعَلَى الآخر لَا يَقْضُونَ.

قال: (**فَيَضَعُ الْإِمَامُ دِيوَانًا**) قال ابن الصباغ، وشيخه في «المجرد»: وهو الدفتر الذي تكتب [وتثبت] فيه الأسماء، فيحصي المرتزقة وأسماءهم، ويثبت فيه قَدْرُ أرزاقهم.

قال: (**وَيُنَصِّبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ جَمَاعَةٍ عَرِيفًا**) أي: ليعرض عليه أحوالهم، ويجمعهم عند الحاجة.

إشارات: يطلق الديوان على الموضع الذي يجلس فيه للكتابة، وفي «الحاوي» ما يدل على أنه المراد هنا، والوجه الأول، وأول من وضعه في الإسلام عمر رضي الله عنه زاد المصنف في «الروضة».

قلت: نصب العريف مستحب؛ فافهم أن وضع الديوان واجب، وبه يشعر كلام غيره، وظاهر كلام «مجرد» أبي الطيب: أنه مستحب، حيث قال: لأنه أخف في القسمة، وأشهد على الإمام، والظاهر الوجوب؛ لئلا يقع في الحيط والغلط، وعبارة «البسيط»: ويفتقر الإمام إلى أن يضع ديوانًا، وبه يشعر كلام الْمَاوَرْديِّ.

وَيَبْحَثُ عَنْ حَالِ كُلِّ وَاحِدٍ وَعِيَالِهِ وَمَا يَكْفِيهِمْ فَيُعْطِيهِ كِفَايَتَهُمْ ....

قال الجوهري: [العريف]: النقيب.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: وينبغي أن ينصب عرفاء ونقباء، فَأَمَّا الْعُرَفَاءُ؛ فَهُوَ أَنْ يُضَمَّ إِلَى كُلِّ جَمَاعَةٍ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، يَكُونُ عَرِيفًا عَلَيْهِمْ، وَقَيِّمًا بِهِمْ، يَرْجِعُونَ إِلَيْهِ فِي عَوَارِضِهِمْ، وَيَرْجِعُ الْإِمَامُ إِلَيْهِ فِي تَعَرُّفِ أَحْوَالِهِمْ، وَيُضِيفُهُمْ إِلَيْهِ إِذَا أَغْزَاهُمْ.

قال: وَقَدْ سُمِّيَ الْعُرَفَاءُ فِي وَقْتِنَا هَذَا قُوَّادًا، وَأَمَّا النُّقَبَاءُ؛ فَجَعَلَ عَلَى كُلِّ جَمَاعَةٍ مِنَ الْعُرَفَاءِ نَقِيبًا؛ لِيَكُونَ لَهُمْ مُرَاعِيًا، وَلأَحْوَالِ أَصْحَابِهِمْ مُنْهِيًا، وَلَهُمْ إِذَا طلبوا مُسْتَدْعِيًا.

قال: (**وَيَبْحَثُ**) أي: الإمام وجوبًا.

(**عَنْ حَالِ كُلِّ وَاحِدٍ وَعِيَالِهِ، وَمَا يَكْفِيهِمْ فَيُعْطِيهِ كِفَايَتَهُمْ**) أي: من نفقة، وكسوة، وسائر مؤنهم الشرعية؛ ليتفرغ للجهاد، ويراعي الزمان والمكان، والرخص والغلاء، وحاله مروءةً وَضِدَّهَا، وعادة البلد في المطاعم، والمراد بعياله: مَنْ يلزمه نفقته.

وعبارة الرَّافِعِيِّ: فيعطيه لأولاده الذين هم في نفقته، أطفالًا كانوا أو كبارًا، أو كلما زادت الحاجة بالكبير؛ زاد في حصته، وقيل: لا يعطى للأولاد شيئًا؛ لأنهم لا يقاتلون، وليس شيء.

وعبارة الْبَغَوِيِّ وغيره: يعطي نفقة الأقارب، الذين مَنْ يلزمهم نفقتهم، وهي أشمل، وأما الزوجات فيعطي مؤنتهن، وإنْ كن أربع، وأما العبيد فما يحتاج إليه منهم للغزو، ولسياسة الدواب وغيرها، فيعطى لأجله ما يحتاج إليه؛ لخدمته.

قال: الْغَزَالي، وتبعه الرَّافِعِي: إنه لا يعطي إلا لواحد.

قال المصنف: وهذا إذا حصلت الكفاية به؛ فأما من لا يكتفي إلا بجماعة؛ فيعطي لمن يحتاج إليه، وتختلف باختلاف الأشخاص، ولا يعطي للعبيد الزمني، ونحوهم، ولا لعبيد الزينة والتجارة.

والظاهر أن أمهات الأولاد كالزوجات، وفي الإعطاء لما زاد على واحدة

وَيُقَدَّمُ فِي إِثْبَاتِ الِاسْمِ وَالْإِعْطَاءِ قُرَيْشًا، وَهُمْ وَلَدُ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ، وَيُقَدَّمُ مِنْهُمْ بَنِي هَاشِمٍ ....

منهن، ومن الزوجات من غير حاجة للزيادة نظرٌ، ولا يفضل أحد منهم لشرف نسب أو سبق في الإسلام، أو هجرة، وغيرها من الْخِصَالِ الْمَرْضِيَّةِ، بل يسوون كالإرث والغنيمة، وقيل: يفضل إذا اتَّسَعَ الْمَالُ.

قال: **(وَيُقَدَّمُ فِي إِثْبَاتِ الِاسْمِ وَالْإِعْطَاءِ قُرَيْشًا)** أي: استحبابًا لحديث: **«قَدِّمُوا قُرَيْشًا، وَلَا تَقَدَّمُوهَا»**(١) رواه الشَّافِعِي، وغيره.

قال: **(وَهُمْ وَلَدُ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ)** أي: ابْنُ مُدْرِكَةَ بْنِ إِلْيَاسَ بْنِ مُضَرَ بْنِ نِزَارِ بْنِ مَعْدِ ابْنِ عَدْنَانَ.

قال الأستاذ أبو منصور: هذا قول أكثر النسَّابين، وبه قال الشَّافِعِيُّ وأصحابه. وقيل: هم ولد إلياس. وقيل: ولد مضر. وقيل: ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة، هذا ما في «الروضة» وقال غيره: فهو لقب له، واسمه، ونسبه البيهقيُّ إلى أكثر أهل العلم.

وقيل: هو قصي بن كلاب، وفي تسميتهم قريشًا أقوال للناس، عدَّها بعضهم عشرين قولًا(٢).

قال: **(وَيُقَدَّمُ مِنْهُمْ بَنِي هَاشِمٍ)** لأنه ﷺ منهم، وهاشم لقب؛ لأنه هشم

---

(١) أخرجه الشافعى (١/ ٢٧٨). وابن أبي عاصم (٢/ ٦٣٧، رقم ١٥١٩) قال المناوي (٤/ ٥١٢): فيه أبو معشر قالوا ضعيف. وأخرجه أبو نعيم في الحلية (٩/ ٦٤).

(٢) فائدة مهمة: عِنْدَ أَئِمَّةِ النَّسَبِ كُلُّ مَنْ لَمْ يَلِدْهُ فِهْرٌ، فَلَيْسَ بقُرَشِيٍّ؛ لتَجَمُّعِهِمْ في الحَرَمِ مِنْ حَوَالَيْ مَكَّةَ بَعْدَ تَفَرُّقِهِم في البِلَادِ حينَ غَلَبَ عليها قُصَيُّ بنُ كِلَابٍ، ويُقَال تَقَرَّشَ القَوْمُ: إذا اجْتَمَعُوا، وبه سُمِّيَ قُصَيٌّ مُجَمِّعًا، وقِيلَ: إِنَّمَا لُقِّبَ قُصَيٌّ مُجَمِّعًا لِجَمْعِه قبائل قُرَيْشٍ بالرِّحْلَتَيْنِ، ولِكَوْنِه أَوّلَ مَنْ جَمّعَ يومَ الجُمُعَةِ، فخَطَب، أَو لأَنَّهُمْ كَانُوا يَتَقَرَّشُونَ البِيَاعَاتِ فَيَشْتَرُونَهَا، أَوْ لأَنَّ النَّضْرَ بنَ كِنَانَةَ اجْتَمَعَ في ثَوْبِه يَوْمًا، فقالوا: تَقَرَّشَ فغَلَبَ عليه اللَّقَبُ، أَوْ لأَنّه جاءَ إلى قَوْمِه يَوْمًا، فقالُوا: كأَنَّهُ جَمَلٌ قَرِيشٌ، أَيْ: شَدِيدٌ؛ فلُقِّبَ به، أَوْ لأَنَّ قُصَيًّا كان يُقَالُ له: القُرَشِيُّ، وهُوَ الَّذِي سَمّاهم بِهذا الاسْمِ، أَوْ لأَنَّهُمْ كَانُوا يُفَتِّشُونَ الحاجَ -بالتَّخْفِيفِ جَمْعُ: حاجَةٍ- فيَسُدُّونَ خَلَّتَها فمَنْ كان مُحْتَاجًا أَغْنَوْهُ، ومَنْ كان عارِيًا كَسَوْه، ومَنْ كان مُعْدِمًا وَاسَوْهُ، ومَنْ كانَ طَرِيدًا آوَوْه، ومَنْ كان خائِفًا حَمَوْه، ومَنْ كان ضالاً هَدَوْهُ، أَوْ =

وَالْمُطَّلِبِ ثُمَّ عَبْدِ شَمْسٍ ثُمَّ نَوْفَلٍ ثُمَّ عَبْدِ الْعُزَّى ثُمَّ سَائِرَ الْبُطُونِ الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ....

الثريد لقومه وغيرهم جودًا، واسمه عمرو.

وقال الشاعر:

عَمرو الَّذي هَشَمَ الثَّريدَ لِقَومِهِ   وَرِجالُ مَكَّةَ مُسنِتونَ عِجافُ[١]

قال: (**وَالْمُطَّلِبِ**)؛ لِتَسْوِيَتِهِ ﷺ بَيْنَهم، كما سبق.

قال: (**ثُمَّ عَبْدِ شَمْسٍ**) أي: ثم بني عبد شمس؛ لِأَنَّهُ أَخُو هَاشِمٍ لِأَبَوَيْهِ.

قال: (**ثُمَّ نَوْفَلٍ**) أي: نوفل؛ لِأَنَّهُ أَخُو هَاشِمٍ لِأَبِيهِ.

قال: (**ثُمَّ عَبْدِ الْعُزَّى**)؛ لأنهم أصهاره ﷺ فإنَّ خديجة - رضي الله عنها - بِنْتُ خُوَيْلِدِ بْنِ أَسَدِ بْنِ عَبْدِ الْعُزَّى.

قال: (**ثُمَّ سَائِرَ الْبُطُونِ الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ إِلَى رَسُولِ الله ﷺ**) أي: فَيُقَدَّمُ بعد بَنِي عَبْدِ الْعُزَّى بَنِي عَبْدِ الدَّارِ؛ لأنه وعبد العُزَّى ابني قُصَيٍّ.

قالا: ثُمَّ بَنِي زُهْرَةَ بْنِ كِلَابٍ أخي قُصَيٍّ، ثُمَّ بَنِي تَمِيمٍ[٢]، ثُمَّ بَنِي مَخْزُومٍ.

قالا: وتَميم ومَخْزُوم أخوي كِلَابٍ، وقُدِّمت تميم؛ لمكان الصديق وابنته عائشة - رضي الله عنها - من رسول الله ﷺ.

= سُمِّيَتْ بمُصَغَّرِ القِرْشِ، وهِيَ دَابَّةٌ بَحْرِيَّةٌ تَخافُهَا دَوابُّ البَحْرِ كُلُّها، وقِيلَ: إِنَّهَا سَيِّدةُ الدّوابِّ إذا دَنَتْ وَقَفَت الدَّوابُّ، وإذا مَشَتْ مَشَتْ، وكَذلِكَ قُرَيْشٌ ساداتُ النّاسِ جاهِلِيَّةً وإِسْلَامًا، أو سُمِّيَتْ بقُرَيْشِ بنِ مَخْلَدِ بنِ غالِبِ بنِ فِهْرٍ، وكانَ صاحِبَ عِيرِهم، فكانُوا يَقُولُون: قَدِمَتْ عِيرُ قُرَيْشٍ، وخَرَجَتْ عِيرُ قُرَيْشٍ؛ فَلُقِّبُوا بِذلِكَ، وقال السُّهَيْلِيُّ: هُوَ أَبُو بَدْرٍ وهُوَ ابنُ قُرَيْشِ بنِ الحَارِثِ بن يَخْلُدَ بنِ النَّضْرِ، وكَانَ قُرَيْشٌ أَبُوهُ دَلِيلاً بَينَ فِهْرِ بنِ مالكٍ في الجاهلية، فكانت عِيرُهم إذا وَرَدَتْ بَدْرًا، يقال: قد جاءَت عِيرُ قُرَيْشٍ يُضِيفُونَهَا إِلى الرَّجُلِ حَتَّى ماتَ، وبَقِيَ الِاسْمُ؛ أو سُمِّيَتْ بِذلِكَ لِتَبَحُّرِهَا وتَكَسُّبِهَا وضَرْبِهَا في البِلادِ تَبْتَغِي الرِّزْقَ، وقِيلَ: لأَنّهُم كانُوا أَهْلَ تِجارَةٍ، ولَمْ يَكُونوا أَصْحَابَ ضَرْعٍ وزَرْعٍ من قَوْلِهم: فلانٌ يَتَقَرَّشُ المالَ أَيْ: يَجْمَعُه، انظر: معجم البلدان (١/ ٤٤)، وتاج العروس (قرش).

(١) البيت من الكامل، وهو لعبد الله بن الزبعري كما في «الحماسة البصرية» (٣٨٩).

(٢) في نسخة: (تيْم).

ثُمَّ الْأَنْصَارَ، ثُمَّ سَائِرَ الْعَرَبِ، ثُمَّ الْعَجَمَ ....

ثُمَّ بَنِي جُمَحٍ وَبَنِي سَهْمٍ، وهما من ولد هَصِيصِ بْنِ كَعْبٍ، وهَصِيصُ أخو مُرَّةَ بْنِ كَعْبٍ، وقدم عمر رضي الله عنه من هذه القبائل الثلاث بَنِي جُمَحٍ، وسوَّى بين بَنِي عَدِيٍّ، كما سوَّى بين بني هاشم وبني المطلب.

قال الشَّافِعِي: وقدَّم المهدي أمير المؤمنين في زمانه بني عَدِيٍّ على بني جُمَحٍ وبني سَهْمٍ[1]؛ لمكان عمر رضي الله عنه، والذي فعله عمر كان تواضعًا منه.

ثم يقدَّم بَنِي عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ، وهو أخو كَعْب، ثُمَّ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ فِهْرٍ، وهو أخو غَالِب، هكذا قال الرَّافِعِيُّ - رحمه الله تعالى- وتبعه المصنف.

وقوله: «إن مخزوم أخو كلاب»، قال البيهقي: ليس مخزوم أخاه، وَإِنَّمَا هُوَ مَخْزُومُ بْنُ يَقْظَةَ بْنِ مُرَّةَ، إِلَّا أَنَّ الْقَبِيلَةَ اشْتُهِرَتْ بِمَخْزُومٍ؛ فَنُسِبَتْ إِلَيْهِ[2].

وقوله: «ثُمَّ بَنِي جُمَحٍ، وهما ولد هَصِيص بْنِ كَعْبٍ»، قال البيهقي: هما ولد عَمْرِو بْنِ هُصَيْصِ بْنِ كَعْبٍ، إِلَّا أَنَّ الْقَبِيلَةَ اشْتُهِرَتْ بِهِمَا؛ فَنُسِبَتْ إِلَيْهِمَا[3].

قال: **(ثُمَّ الْأَنْصَارَ)** أي: بعد قريش؛ لِآثَارِهِمْ الْحَمِيدَةِ فِي الْإِسْلَامِ، وهما الحيان: الأوس والخزرج، هكذا رتب الأصحاب، وهو ظاهرُ النصِّ.

وقال السَّرخسيُّ: إنَّ هذا محمول على الذين هم أبعد من الأنصار، فأما سائر العرب الذين هم أقرب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأنصار؛ فيقدَّمون عليهم.

قال: **(ثُمَّ سَائِرَ الْعَرَبِ، ثُمَّ الْعَجَمَ)**؛ لأن العرب أقرب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم وأشرف.

وقضية كلام الشيخين وغيرهما: أنه لا ترتيب بعد الأنصار في العرب، ولكن في «الحاوي»: ثم يقدَّم بعد قريش الأنصار، ثم من بعدهم مُضَر، ثم

---

(١) في نسخة: (بني هاشم).

(٢) قال البيهقيُّ: وَإِنَّمَا قَدَّمَ بَنِي تَيْمٍ عَلَى بَنِي مَخْزُومٍ؛ لأَنَّهُمْ كَانُوا مِنْ حِلْفِ الْفُضُولِ وَالْمُطَيَّبِينَ، وَقِيلَ: ذَكَرَ سَابِقَةً يُرِيدُ سَابِقَةَ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رضي الله عنه فَإِنَّهُ أَبُو بَكْرٍ: عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُثْمَانَ بْنِ عَامِرِ بْنِ عَمْرِو بْنِ كَعْبِ ابْنِ سَعْدِ بْنِ تَيْمِ بْنِ مُرَّةَ بْنِ كَعْبِ بْنِ لُؤَيِّ بْنِ غَالِبِ بْنِ فِهْرٍ، انظر سنن البيهقي الكبرى (٢/ ٢١٥).

(٣) انظر: سنن البيهقي الكبرى (٢/ ٢٢٣).

....

ربيعة، ثم جميع ولد عدنان، ثم قحطان، فيرتبهم على السابقة كقريش، وهكذا أحسن.

تتمات: منها: قال الرَّافِعِي: ومتى اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الْقُرْبِ قُدِّمَ أسنهما، فإن استويا في السن؛ فأقدمهما إسلامًا وهجرةً، انتهى.

وَعَكَسَ الْمَاوَرْدِيُّ هذا في «أحكامه»؛ فَقَالَ: يُقَدَّمُ بِالسابقة في الْإِسْلَامِ؛ فإن تقاربا فيه قدم بالشَّجاعة، فإن تقاربا فيها؛ فوَلِيُّ الْأَمْرِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يرتبهم بالقرعة، أَوْ بِرَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ، انتهى.

وقال في «الحاوي»: فَأَمَّا تَرْتِيبُ الْقَبِيلَةِ الْوَاحِدَةِ في الديوان مِنْ قُرَيْشٍ أَوْ غَيْرِهِمْ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ مِنْهُمْ ذُو السَّابِقَةِ، ثُمَّ ذُو السِّنِّ، ثُمَّ ذُو الشَّجَاعَةِ.

قال ابن الرِّفْعَة: ونصَّ في «الأم» و«المختصر» على التقديم بالسابقة عند التساوي بالنَّسبِ.

قلت: وهو الوجه.

ومنها: قضية كلام الكتاب: التسوية بين جميع العجم.

قال الرَّافِعِي بعد أن أطلق أيضًا: وفي «المهذب» و«التهذيب»: أن التقديم فيهم بالسِّن والفضائل، ولا يقدَّم بعضهم على بعض بالنَّسبِ، وفيه كلامان:

أحدهما: أنه قد يعرف نسبهم، فينبغي أن يعتبر فيمن عرف نسبه القرب والبعد أيضًا.

الثاني: أنا إذا قدَّمنا في صفة الأئمة في الصلاة، عن الإمام: أن الظاهر رعاية كل نسب يعتبر في كفاءة النكاح، وسنذكر أن كلَّ نسب مرعي في الكفاءة على خلاف فيه؛ فليكن كذلك هنا.

قال الشيخ: وقد أشار في «الحاوي» إلى اعْتِبَارِ نَسَبِ الْعَجَمِ؛ فَقَالَ: إذا لم يَجْتَمِعُوا عَلَى نَسَبٍ جَمَعَهُمْ بِالْأَجْنَاسِ، كَالتُّرْكِ وَالْهِنْدِ وَبِالْبُلْدَانِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَهُمْ سَابِقَةٌ فِي الْإِسْلَامِ تَرَتَّبُوا عَلَيْهَا، وَإِلَّا فَبِالْقُرْبِ مِنْ وَلِيِّ الْأَمْرِ؛ فَإِنْ تَسَاوَوْا فَبِالسَّبْقِ إِلَى طَاعَتِهِ، انتهى، وهذا حسنٌ.

وَلَا يُثْبِتُ فِي الدِّيوَانِ أَعْمَى وَلَا زَمِنًا وَلَا مَنْ لَا يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ، وَلَوْ مَرِضَ بَعْضُهُمْ أَوْ جُنَّ وَرُجِيَ زَوَالُهُ أُعْطِيَ، فَإِنْ لَمْ يُرْجَ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُعْطَى، ....

ومنها: نقل الرَّافِعِيُّ، وتبعه المصنف عن الأئمة: أن هذا الترتيب المذكور في هذه الوظيفة مُسْتَحَبٌّ لَا مُسْتَحَقٌّ، كما فسرنا به كلام «المنهاج»، وصرح به في «التنقيح».

قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: وفيه نظر؛ فإن فائدته الترتيب في الإعطاء [إذا إعطاء] الكل دفعةً لا يمكن، وترجيح بعض على بعض بلا نسب لا يمكن؛ لما فيه مما لا يخفى، وظاهر فعل عمر رضي الله عنه يدل على الاستحقاق، انتهى.

وما قاله حسن محتمل، نعم، لو غاب الفاضل عن مجلس الإعطاء والتفرقة ونحوه؛ فلا بأس بإعطاء من دونه، وأما مع حضوره فلا؛ لِمَا فِيهِ مِنْ الْإِزْرَاءِ به والهضم، وربما أورث حِقْدًا وَعَدَاوَةً لمن أَخَّره مع فضله وشرفه، ولا سيما إذا طال زمن التأخير، وهذا واضح عندي.

قال: (**وَلَا يُثْبِتُ فِي الدِّيوَانِ أَعْمَى، وَلَا زَمِنًا، وَلَا مَنْ لَا يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ**) إذ لا كفاية فيهم، وإنما يثبت فيه من جمع الحرية، والذكورة، والبلوغ، والعقل، والإسلام، والنفي من العمى، والزَّمانة.

قال الْمَاوَرْدِيُّ في «أحكامه»: وأن يكون فيهم إقدام على القتال، ومعرفة به، قال: ولا يجوز إثبات الأقطع، ويجوز إثبات الأعرج، إنْ كان فارسًا لا راجلًا، ويجوز إثبات الأخرس والأصم، ودخل في قوله: «مَنْ لَا يَصْلُحُ» الجبان وَالْمُخَذِّلِ، ومَنْ لا يبصر نهارًا وغيرهم.

قال: (**وَلَوْ مَرِضَ بَعْضُهُمْ أَوْ جُنَّ وَرُجِيَ زَوَالُهُ أُعْطِيَ**)، وإنْ طال مرضه سواء المخوف وغيره؛ لئلا يرغب الناس عن الجهاد، ويقبلوا على الكسب لهذه العوارض.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يُرْجَ؛ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُعْطَى**)؛ لما ذكرناه، والثاني: لا؛ لما سيأتي.

ونقل المصنف في «التنقيح» عن الجمهور: إنه إذا لم يُرْجَ لا يُعْطَى، ثم

وَكَذَا زَوْجَتُهُ وَأَوْلَادُهُ إِذَا مَاتَ ....

قال في «الشامل»: فيه قولان؛ كالقولين في ذريته إذا مات، قال: وهذا ظاهرٌ حسنٌ؛ لأنا إذا أبقيناه على الذُّرية فعليه لنفسه أولى.

فإن قيل: مراد الأصحاب بقولهم: «سقط اسمه» أنه لا يثبت في المقابلة، ولم يبينوا إعطاءه، فلا مخالفة بينهم، وبين صاحب «الشامل».

والجواب: إن هذا غلط، وخيال فاسد من قائله؛ فإنهم مصرحون بسقوط حقه، وعطائه، إذا لم يرج زواله، والتصريح بذلك موجود في كتبهم المشهورة، حتى في «المهذب»، انتهى.

وما قاله في «الشامل» هو المذكور في «الحاوي»، وتعليق القاضي الحسين وغيرهما، وعليه اقتصرا في «الشرحين» و«الروضة».

وقال في أصل «الروضة»: إذا لم يرج زواله أسقط اسمه، وفي إعطائه الخلاف الآتي في زوجة المقاتل بعد موته، وأولى بالإعطاء، وبه تبيَّن أن في نسبه المنع إلى الجمهور نظر، والإعطاء هنا أولى مما سيأتي في زوجته وأولاده كما قاله الرَّافِعِيُّ والمصنف.

قال: (**وَكَذَا زَوْجَتُهُ وَأَوْلَادُهُ إِذَا مَاتَ**) وجه الإعطاء ترغيب الناس في الجهاد؛ ولئلا يعرضوا عنه إذا عَلِمُوا ضَيَاعَ [عِيَالِهِمْ] ووجه المنع زوال المتبوع، والخلاف قولان، وقيل: وجهان، ونقل ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» عن الرَّافِعِيِّ: أنه رجح المنع، وهو وهمٌ منه.

تنبيهات: المراد بأولاده الذين تلزمهم نفقتهم في حياته، ويلتحق بهم فيما يظهر من تلزمه نفقته من أصوله، كما دلَّ عليه كلام الْبَغَوِيِّ وغيره فيما سبق، وزعم زاعم أنهم صرَّحوا بإعطاء الأولاد خاصةً، ولم أره، ونسبه إلى «المنهاج» وغيره، واعترض على قول «التنبيه»: [دفع إلى ورثته وزوجته الكفاية، وكأنه أخذ ذلك من اقتصارهم على ذكر الأولاد، وفيه نظرٌ، ومراد «التنبيه»] ورثته الَّذِينَ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُمْ فِي الحياة، والله أعلم.

والظاهر أنه لو كان المنفق عليهم من أصول وفروع كفار لا يعطون بعده،

فَتُعْطَى الزَّوْجَةُ حَتَّى تُنْكَحَ وَالأَوْلَادُ حَتَّى يَسْتَقِلُّوا.

ولم أر فيه نقلًا، وهل تعطى الزوجة الناشز حال موته أم لا كحال الحياة؟ لم أر فيه شيئًا، وكذلك الزوجة الذمية، وقيل: إن كان في الذُّرية من يرجى أن يكون من أهل الفيء إذا بلغ أعطى، وإلا فلا، وحمل قائله القولين على هذين الحالين.

وقوله: «وَزَوْجَتُهُ» المراد الخمس لا الواحدة، والظاهر أنها إنما تعطى مع الحاجة كالذُّرية، ونقل الدارميُّ: إنْ يشاء المقابلة لا يعطي، إلا أن يكن من أولاد المجاهدين، ثم قال: وعندي تعطى، في قول من أعطى الذُّرية، انتهى.

هل أسْر المرتزق كمرضه أو كموته؟ لم أر فيه شيئًا، ويحتمل أن يفرق بين منقطع الخبر [وغيره، ويبعد إعطاء ذرية منقطع الخبر] مع طول الزَّمان.

قال: **(فَتُعْطَى الزَّوْجَةُ حَتَّى تُنْكَحَ)** أي: لتستغني بزوجها، ومنه يؤخذ ما أشرت إليه قريبًا، وحينئذٍ ينبغي أن يزاد أو يستغنى بكسب أو إرثٍ أو غيره، وهذا في الزوجة الحرة، أما الأمة؛ فكفايتها على سيدها.

قال: **(وَالْأَوْلَادُ حَتَّى يَسْتَقِلُّوا)** أما الذكور فيعطون، إلى أن يبلغوا على صفة يقدرون على الكسب أو القتال معها، فتثبت أسماؤهم في الديوان، فإن بلغوا عاجزين استمروا على الرزق، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ فيمن بلغ من أولاد المرتزقة وأولاد المولى منهم عاجزًا لعمى أو زمانة، أوجهًا؛ ثالثها: إنْ كانوا من أولاد الأحياء بقوا تبعًا، وإلا فلا؛ لفقد المتبوع.

قال: والأصحُّ عندي أنه إنْ كان ما أقعدهم موجبًا لنفقاتهم على الآباء بعد بلوغهم كهي قبله، كجنون وزمانة؛ بقوا على حكم الذُّرية في مال الفيء، ولم يعدل بهم إلى الصدقات، سواء كانوا ذرية حي أو ميت، وإنْ كان عجزهم عن القتال غير موجب لنفقاتهم؛ لقدرتهم على الكسب مع عجزهم عن الاكتساب؛ خرجوا عن حكم الذرية في مال الفيء، سواء كانوا ذرية حي أو ميت، وعدل بهم إلى الصدقات، إنْ كانوا من أهلها؛ لأن سقوط نفقتهم بالبلوغ يخرجهم عن حكم الذُّرية، انتهى.

....

وأما الإناث؛ قال الرَّافِعِي: فنصه ما في «الوسيط»: أنهن يرزقن حتى ينكحن.

قلت: وفي «البيان»: إنْ كانت الذُّرية إناثًا؛ أعطين الكفاية إلى أن يبلغن ويتزوجن، أو يكون لهن كسب يستعن به، والخنثى بعد البلوغ كالأنثى على الأصحِّ.

إشارة: عبارة «المحرر»: «حتى يبلغوا»، وقول «المنهاج»: «يَسْتَقِلُّوا» أحسن، وقد يكون الاستقلال بكسبٍ يكفيه قبل البلوغ أو بإرثٍ أو وصيةٍ أو هبةٍ أو غَلَّةِ وَقْفٍ ترجع إليه، والأنثى في هذا كالذَّكر، وقولهم: «حتى يبلغوا» خرج عن الغالب، فيما أظنه.

فائدة: أفتى بعض أكابر عصرنا في الفقيه إذا عرض له مرض أو موت بإعطاء زوجته وأولاده من المال الذي كان يقوم بهم من المدارس ونحوها؛ ترغيبًا للناس في الاشتغال بالعلم، قياسًا على المرتزقة؛ فإن قيل: فيه تَعْطِيلٌ لِشَرْطِ الْوَاقِفِ إذَا اشْتَرَطَ مُدَرِّسًا بِصِفَةٍ؛ فَإِنَّهَا غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ.

قُلْنَا: قَدْ حَصَلَتْ تِلْكَ الصِّفَةُ مُدَّةً مِنْ أَبِيهِمْ وَالصَّرْفُ لِهَؤُلَاءِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ وَمُدَّتُهُمْ مُغْتَفِرَةٌ فِيمَا مَضَى كَزَمَنِ الْبِطَالَة.

قَالَ: وَإِنَّمَا يَمْتَنِعُ بشرط الواقف تَقْرِيرُ مَنْ لَيْسَ بِأَهْلٍ للابتداء وتقرير اسمه في الوظيفة، كما يمتنع إثبات اسم مَنْ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْجِهَادِ فِي الدِّيوَانِ أَوْ إِثْبَاتِ اسْمِ الزَّوْجَةِ وَالْأَوْلَادِ، قَالَ: ولو زاد معلوم المدرس على كفاية أولاده، وأمكن إعطاء الباقي لمن يقوم بالوظيفة؛ فلا بأس، انتهى.

وفيما قاله نظرٌ! ولا يخفى الفرق بين مال بيت المال، والأوقاف الخاصة على متصفين بصفات مشروطة، والله أعلم.

فرع: قال في «الروضة»: تفرق الأرزاق في كلِّ عام مرةً، ويجعل له وقتًا معلومًا لا يختلف، وإذا رأى مصلحة أن يفرق مشاهرةً ونحوها؛ فعل، وإذا اقتصر في السنة على مرةٍ؛ فيشبه أن يقال: يجتهد فيها، فما اقتضاه الحال،

....

وتمكن فيه من الإعطاء في أول السنة أو آخرها؛ فعله، وعلى هذا ينزل قوله في «الوجيز»: يفرق في أول كل سنة، وقول آخر: في آخر كل سنة، انتهى.

وقال شارح: يفرق الإمام الفيء متى شاء، وقيل: لا يفرق في السنة إلا مرة، وغلَّطه الْمَاوَرْدِيُّ، انتهى.

والقياس: أنه متى اجتمع عنده ما يمكن تفريقه على الكلِّ؛ وجب تفريقه على الفور عند المكنة؛ كالزكاة لظهور حاجات المستحقين، وطلبهم بلسان الحال.

ثم رأيتُ الْمَاوَرْدِيَّ قال: إذا جعلنا مال الفيء لِلْجَيْشِ خَاصَّةً؛ فَوَقْتُ الْعَطَاءِ متى تكامل حُصُولُ الْمَالِ، تَعَجَّلَ أَوْ تَأَجَّلَ، وَلَيْسَ لِلْإِمَام تأخيره عَنْهُمْ إِذَا حُصِّلَ، وَلَا لَهُمْ مُطَالَبَتُهُ بِهِ إِنْ تَأَخَّرَ، إِلَّا أَنْ يُؤَخِّرَ جِبَايَتَهُ بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ؛ فَلَهُمْ أَنْ مطالبته باسْتِخْلَاصِهِ، وإنْ جعلنا أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ الْفَيْءِ لِلْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ الَّتِي مِنْهَا عَطَاءُ الْجَيْشِ؛ وَجَبَ بَيَانُ وَقْت الْعَطَاءِ، وَجِنْسِ الْمَالِ الْمُعْطَى.

فَأَمَّا الوَقْتُ فَمُعْتَبَرٌ بِمَالِ الْفَيْءِ، فَإِنِ استحق دُفْعَةً؛ جُعِلَ وَقْتُ الْعَطَاءِ دُفْعَةً مِنَ السَّنَةِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْوَقْتُ مِنَ السَّنَةِ مَعْلُومًا عِنْدَ جَمِيعِ أَهْلِ الْفَيْءِ، وَيُخْتَارُ أَنْ يَكُونَ الْمُحَرَّم؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ السَّنَةِ الْعَرَبِيَّةِ، فَإِذَا حَلَّ وَفَّاهُمْ عَطَاءَ السَّنَةِ بِأَسْرِهَا.

وَإِذَا كَانَ مَالُ الْفَيْءِ يستحقُّ فِي أَوْقَاتٍ شَتَّى مِنَ السَّنَةِ؛ جَعَلَ لِلْعَطَاءِ وَقْتَيْنِ وَقَسَمَهُ نِصْفَيْنِ، وَأَعْطَاهُمْ بَعْدَ كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ نِصْفَهُ، وَلَا يَجِبُ أَنْ يَجْعَلَ لِلْعَطَاءِ فِي السَّنَةِ أَكْثَرَ مِنْ وَقْتَيْنِ، وَلَا أَنْ يَجْعَلَهُ مُشَاهَرَةً؛ لِئَلَّا يشتغل الْجَيْشُ فِي كُلِّ السَّنَةِ بِالْقَبْضِ وَالطَّلَبِ، ولئلا يَنْقَطِعوا عَنِ الْجِهَادِ تَوَقُّعًا لِحُلُولِ الشُّهُورِ أَوْ تَتَأَخَّرُ عَنْهُمْ إِنْ خَرَجُوا.

فَإِنْ قِيلَ: أَفَيَكُونُ الْعَطَاءُ لِمَا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ، أَوْ لِمَا يُسْتَقْبَلُ مِنْهَا؟ قِيلَ: هو لَيْسَ هُوَ لِمَا مَضَى، وَلَا لِمَا يُسْتَقْبَلُ؛ لِأَنَّ أَرْزَاقَ الْمُقَاتِلَةِ تَجْرِي مَجْرَى الْجُعَالَةِ؛ فالْوُجُوبُ مُتَعَلِّقٌ بِحُصُولِ الْمَالِ، وَالْأَدَاءُ مُتَعَلِّقٌ بِحُلُولِ الْوَقْتِ، وَعَلَى الْقَوْلِ

فَإِنْ فَضَلَتْ الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَنْ حَاجَاتِ الْمُرْتَزِقَةِ وُزِّعَ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مُؤْنَتِهِمْ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصْرَفَ بَعْضُهُ ....

الْأَوَّلِ يَكُونُ الْوُجُوبُ وَالْأَدَاءُ مَعًا مُتَعَلِّقَيْنِ بِحُصُولِ الْمَالِ، انتهى(١).

وفيه فوائد: إذا مات مرتزقٌ بعد جمع المال [وقبل انقضاء تمام] الحول صرف [نصيبه] إلى ورثته قسط ما مضى على الأظهر كالأجرة، والثاني: لا كالجعل قبل تمام العمل، وإنْ مات بعد الحول، وقبل جمع المال؛ فظاهر النص أنه لا شيء لورثته.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إنه مذهب الشَّافِعِيِّ، وقضية ما في «الروضة» وأصلها ترجيحه، خلافًا للشيخ أبي حامد، وإنْ مات بعد جمع المال، وقبل انقضاء الحول؛ فإن قلنا: إذا مات بعد الحول لا يستحق؛ فهنا أولى، وإلا ففي قسط ما مضى الخلاف في موته قبل الحول، وبعد جمع المال، هذا كله إذا كان العطاء مرةً في السنة؛ فإنْ رأى الإعطاء في السنة مرتين فصاعد، أما الاعتبار بمضي المدة المصروفة، هذا ما أورداه، ولا يتضح النظر في ذلك إلى ضرب المدة، وترتيب الإعطاء، والحرمان على ذلك.

قال: (**فَإِنْ فَضَلَتْ الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَنْ حَاجَاتِ الْمُرْتَزِقَةِ**) أي: والتفريع على الأظهر؛ أنها لهم خاصةً.

(**وُزِّعَ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مُؤْنَتِهِمْ**) أي: كالمقرر لهم، فإذا كان الواحد نصف ما للآخر والآخر ثلثه، وهكذا أعطاهم بالنسبة، هذا ما نقله ابن الرِّفْعَة عن النصِّ، وجمهور المصنفين، وعن الإمام أنه قال: يوزع على قدر رُءُوسِهِمْ بِالسَّوِيَّةِ، قال: لأن المؤن قد زالت بالكلية؛ فكأنها غير معتبرة، والفيء مضاف إليهم، وهذا على القول الأظهر؛ فإن قلنا بأنها للمصالح، فيظهر رجوع ذلك إلى رأي الإمام، على قولنا يصرف إليهم إعانةً، فإن قلنا: يصرف إليهم تعجيلًا عن العام الآتي؛ فالإعطاء على قدر الكفاية بلا نزاع فيما يظهر، انتهى.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصْرَفَ بَعْضُهُ**) أي: بعض هذا الفاضل عن

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٨/ ١١٢٤).

فِي إِصْلَاحِ الثُّغُورِ وَالسِّلَاحِ وَالْكُرَاعِ، هَذَا حُكْمُ مَنْقُولِ الْفَيْءِ. فَأَمَّا عَقَارُهُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُجْعَلُ وَقْفًا، وَتُقَسَّمُ غَلَّتُهُ كَذَلِكَ.

حاجاتهم، والتفريع على الأظهر.

(**فِي إِصْلَاحِ الثُّغُورِ، وَالسِّلَاحِ، وَالْكُرَاعِ**) أي: وهو الخيل؛ ليكون عدة لهم.

قال في «الشامل»: ولا يقدح فيه كونها لهم؛ لأن ذلك يعود نفعه عليهم.

والثاني: المنع، بل يُوزَّع عليهم، وصححه ابن الرِّفْعَة في شرح «التنبيه».

قال: (**هَذَا حُكْمُ مَنْقُولِ الْفَيْءِ، فَأَمَّا عَقَارُهُ**) أي: من دور وأرض.

(**فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُجْعَلُ وَقْفًا، وَتُقَسَّمُ غَلَّتُهُ كَذَلِكَ**) أي: في كلِّ عامٍ أبدًا؛ لأنه أنفع لهم.

وحاصل «الروضة»: قال الشَّافِعِي: هي وقف للمسلمين تستغل، وتقسَّم غلتها في كلِّ عام، كذلك أبدا هذا نصه: فأما أربعة أخماس الفيء؛ فقيل: إنه مفرعٌ على أنها لُلمصالح، فإن جعلناها للمرتزقة؛ فتقسَّم بينهم كالمنقول وكالغنيمة، والأصحُّ أن ذلك على القولين جميعًا، فإنْ قلنا بالوقف؛ فالأصحُّ أن المراد الوقف الشرعي للمصلحة لا التوقف على قسمة الرقبة؛ فعلى هذا وجهان:

أحدهما: يصير وقفًا بالحصول، كرق النساء، والصبيان بالأسر، وأصحهما لا، لكن الإمام يقفها، فإن رأى قسمتها أو بيعها، وقسمة ثمنها؛ فله ذلك، وقول الشَّافِعِيِّ: هي وقف، أي: تجعل وقفًا، وأما خمسه فسهم المصالح لا سبيل إلى قسمته، بل يوقف، وتصرف غلته في المصالح، أو يباع ويصرف ثمنه إليها، والوقف أولى، ويجيء الوجه السابق؛ أنه [يصير وقفًا][1] بنفس الحصول، وسهم ذوي القربى فيه الخلاف في الأخماس الأربعة، تفريعًا على أنها للمرتزقة، وسهم اليتامى والمساكين يرتب على سهم ذوي القربى، إن قلنا: إنه وقف؛ فهنا أولى، وإلا فالأصح أنه وقف، وقيل: لا، وإذا تأملت هذه

---

(١) في نسخة: (يصرفها).

فَصْلٌ

الْغَنِيمَةُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِقِتَالٍ وَإِيجَافٍ، ....

الاختلافات علمت أن المذهب أن الجميع وقف، وهو الموافق للنصِّ، انتهى.

إشارات: منها: كلام «المنهاج» يقتضي تحتم وقف العقار على الإمام، وقالا: أن له وقفه، وإن رأى قسمته أو بيعه، وقسم ثمنه فله ذلك، وقد يقال: لا اختلاف بينهما، بل مذهبنا ما في «المنهاج»، فإن رأى الإمام المجتهد غيره؛ فلا اعتراض عليه، وللمسألة نظائر، وفيه نظرٌ، وإنما تخيير الْإِمَامِ وجه آخر حكاه الإمام.

ومنها: سبق أن العقار يقسَّم على وجه كالمنقول، إلا ما جعل للمصالح، ذكر ابن الرِّفْعَة أن «المصنف» اختاره، وانتقد عليه، وذكر نصه في «الأم» في موضع آخر، يقتضي أنها لا تكون وقفًا، بل ملكًا لأهلها، انتهى، ولعله أراد بما نسبه إلى «المصنف» ما في «الروضة»، من تخيير الإمام كما سبق.

ومنها: ما رجَّحناه من أنه لا بدَّ من إنشاء الوقف، ذكره الْمَاوَرْدِي عن بعض البصريين، وقال: إنه خطأ، وقاله غيره، قالوا: لأنه وجب بالشَّرع، كرق النساء، وهو ظاهر للنصِّ السابق.

قال: (**فَصْلٌ: الْغَنِيمَةُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِقِتَالٍ وَإِيجَافٍ**) أورد على هذا التعريف أشياء:

منها: أن ما حصل بِقِتَالِ الرَّجَّالَةِ، وأصحاب السفن غنيمة مخمسة، وليس فيه إيجاف.

ومنها: أن القتال ليس شرطًا في اسمها؛ فإنه لو تقاتل صفان فولوا من غير شهر سلاح؛ فما تركوه غنيمة، صرَّح به الإمام.

ومنها: ذكر المصنف في «السير»: أن المال المأخوذ من أهل الحرب قهرًا غنيمةٌ، فاعتبر القهر فقط، وقال: وكذا ما أخذه جمع أو واحد من دار الحرب سرقةً، أو وجد كهبة اللقطة على الأصحِّ.

ومنها: ما أهدوه لنا، والحرب قائمةٌ؛ فإنه غنيمةٌ مخمسةٌ، وسيأتي بيانه

....

هناك، وفي إيراد هذه الصور أو أكثرها نظرٌ، وكان الأحسن أن يقول المصنف: أو إيجاف.

ومنها: دخل في كلامه المال المأخوذ من المرتدين، وهو فيءٌ لا غنيمة؛ فينبغي أن يقال: من كفار أصليين.

تنبيهات: منها: قيل: الحد الصحيح قولُ الْغَزَالِيِّ: الغنيمة كلُّ مال أخذته الفئة المجاهدة على سبيل الغلبة دون ما يختلس ويسرق؛ فإنه لأخذه خاصة، وهذا وجه والمذهب خلافه، وقد اضطرب كلامه فيما يأخذه المختلس، ونحوه، هل يختص به أم لا؟

نقل الإمام عند الكلام في «البسيط» إجماع الأصحاب، أنه يختص به، وعليه ينطبق إيراد جماعة، وحكى في موضع آخر وجهًا: أنه غنيمة، وضعَّفه.

وقال الرَّافِعِيُّ: إنه الموافق لما أورده أكثرهم، وفي كلام القاضيين الحسين والْمَاوَرْدِيِّ ما يوافقه، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ في موضع آخر عن أبي إسحاق: أن المختلس فيءٌ، وهو ما أورده في كتاب «السرقة»، وأبدا تخميسه احتمالًا.

وقال القاضي أبو الطيب: ما أتوا به عَلَى وَجْهِ التَّلَصُّصِ يُخمَّس، وقال في كلامه على السَّلب: أنه مال خاطر عليه بنفسه، فلم يجب تخميسه، كما لو تلصص على الكفار في دار الحرب، انتهى.

وهل قوله: «في دار الحرب» قيد حتى لو دخلوا دارنا، فاختلس منهم مختلس شيئًا، يختلف الحكم الظاهر؟ لا، وقد اضطربت «الروضة» في المسألة في مواضع، أوضحتها في سير «الغنية»[1]، والمذهب أن ذلك غنيمةٌ مخمسةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: الوجه أن يجعل محل القول بأن المختلس والسارق يختص بما أخذه، إذا دخل الواحد أو النفر اليسير دار الحرب، وأخذوا مالًا، أما ما أخذه بعض الجند الداخلين سرقةً أو اختلاسًا؛ فيشبه أن يكون غلولًا، انتهى، وفي هذا كلامٌ ذكرته في سير «الغنية».

(١) في نسخة: (الغنيمة).

....

ومنها: يخرج من كلام المصنف وغيره، مَنْ لم تبلغه الدعوة؛ فإنه لا يجوز أن يغتنم ماله، صرَّح به الْمَاوَرْدِيُّ فِي قَسْم الصَّدَقَاتِ، وهو كذلك، فيمن هو متمسك بِدِينِ حَقٍّ، وَلَمْ تَبْلُغْهُ دَعْوَة النَّبِيِّ ﷺ، أَوْ لَمْ تَبْلُغْهُ دَعْوَةٌ أَصْلًا، أَمَّا لَوْ كَانَ مُتَمَسِّكًا بِدِينٍ بَاطِلٍ فَلَا، بَلْ هُوَ كَغَيْرِهِ مِنَ الْكُفَّارِ، وإنْ لَمْ تَبْلُغْهُ دَعْوَة نبينا محمد ﷺ.

ومنها: أخرج المصنف بقوله: «مال» النجاسات المنتفع بها كجلد الميتة والسِّرْقِينِ، والكلاب المنتفع بها؛ فإنها ليست بغنيمةٍ -أعني: الكلاب- نصَّ عليه في «الأم» ونقله الإمام عن العراقيين، قال شارح: وهو في كتبهم، وقالوا مع ذلك: إنْ كان في الغانمين مَنْ يحلُّ له اقتناؤها؛ أُعْطِيَهَا، وإلا دفعت إلى مَنْ يحلُّ له ذلك من أهل الخمس.

وقال الشَّافِعِي في «سير الواقديِّ» من «الأم»: ما أصيب من الكلاب؛ فهو مغنم إنْ أراده أحد لصيد، أو ماشية، أو زرع إلى آخره كما سيأتي في «السير».

وقال الرَّافِعِيُّ: الذي نجده في كتب العراقيين: إنْ أراده بعض الغانمين، أو بعض أهل الخمس، ولم ينازع فيه؛ يسلَّم إليه؛ فإن وجدنا كلابًا، وأمكنت القسمة عددًا؛ قسمت، وإلا أقرع بينهم، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: ما حكاه الرَّافِعِي عنهم لم يجده في شيء من كتبهم، إلا في «الشامل»؛ فإنه ذكره احتمالًا لنفسه، انتهى، وقد تكلمتُ على المسألة في سير «الغنية» بكلامٍ كافٍ شافٍ.

ومنها: أبدى ابن الرِّفْعَة احتمالين في جلد الميتة؛ أحدهما: أنه كالكلب، والثاني: إلحاقه بالمال؛ لأن كلَّ أخذٍ يغتنمه، ويمكن تطهيره، وسكت عن السِّرْقِينِ، ونحوه من السماد، والظاهر أنه كالكلب، وأولى منه بإلحاقه بالغنيمة.

ومنها: دخل في لفظ «المال» النساء والصبيان، وكل مَنْ يرق بنفس الأسر، وقوله: «حصل» كان ينبغي أن يقول: «حصلناه» فإن ما يأخذه الذميون من أهل الحرب لا يخمَّس، كما جزم به الرَّافِعِيُّ في كلامه على الرَّضْخِ؛ لأن

فَيُقَدَّمُ مِنْهُ السَّلَبُ لِلْقَاتِلِ، ....

الخمس حقٌّ يجب على المسلمين كالزكاة، وفيه وجه رواه ابن الرِّفْعَة، ثم حكى وجهين عن الإمام مما غنمه مسلم وذمي، هَلْ يُخَمَّسُ الْجَمِيعُ أَوْ نَصِيبُ الْمُسْلِمِ.

ومنها: ظاهر كلام المصنف والْغَزَالِيِّ وغيرهما أن ما يأخذه المسلمون غنيمةً مخمسةً، أنه لو غزت طائفة من الصبيان منفردين، أو العبيد أو النساء وغنموا أن ذلك غنيمةٌ.

وقال في «البيان»: إذا دخل العبيد أو النساء أو الصبيان دار الحرب منفردين، وغنموا؛ ففيه ستة أوجه:

أحدها: يخمَّس، ويقسِّم الإمام الباقي بينهم على ما يراه كالرَّضخ.

والثاني: يخمَّس، ويقسَّم بينهم، كما لو غنمت الرَّجالة من الرِّجال الأحرار.

والثالث: يرضخ لهم منه، ويرد الباقي لبيت المال.

والرابع: يخمسه، ثم يرضخ لهم الباقي، ثم يرد الفاضل لبيت المال.

والخامس: يخمَّس، ويقسَّم بينهم؛ للفارس ثلاثة [أسهم] وللرَّاجل منهم كالكاملين.

والسادس: أنه لا يحكم لهذا المال بحكم الغنيمة، بل حكمه حكم المسروق؛ فيكون كله لهم، وقتالهم كلا قتال انتهى.

وفي «الشامل»: قال القاضي أبو الطيب: الأول أصحُّ، وكذا نقله الرَّافِعِيُّ عنه، ونقل معه الوجه الثالث والخامس لا غير، وجزم به في أصل «الروضة» بتصحيح الأول، ولو صحبهم كامل رَضَخَ لَهُمْ، وخمَّس الباقي، والفاضل له.

ومنها: مراد المصنف وغيره بالمال لهم، الذي يملكونه عندنا؛ فإن كان ما أخذناه منهم للمسلمين، والذميين استولوا عليه، وجب رده إلى أصحابه، وليس بغنيمة، وبقيت فوائد نفيسة ذكرناها في «الغنية» هناك.

قال: (**فَيُقَدَّمُ مِنْهُ السَّلَبُ لِلْقَاتِلِ**) أي: سواء شرطه له الإمام أم لا؛

وَهُوَ ثِيَابُ الْقَتِيلِ وَالْخُفُّ وَالرَّانُ وَآلَاتُ الْحَرْبِ كَدِرْعٍ وَسِلَاحٍ وَمَرْكُوبٍ وَسَرْجٍ وَلِجَامٍ.

لقوله ﷺ: «**مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا، لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ؛ فَلَهُ سَلَبُهُ أجمع**» متفق عليه[١].

إشارات: سيأتي بيان ما هو في معنى القاتل في استحقاقه السَّلب، ولا شكَّ أن مَن استحق السَّهم استحق السَّلب مع تمام سهمه.

وفي «الحاوي» وجهٌ: أنه إنما يستحق تتمة السهم إن نقص السلب عنه، وهو شاذٌّ، ويستحق السلب: المرأة، والصبي، والعبد، المسلمين على المذهب، لا الذمي على المذهب، إذا حضر بإذن الإمام، وإلا فلا قطعًا، كالْمُخَذِّلُ وَالْمُرْجِفُ [والخائن][٢] وَنَحْوُهُمْ مِمَّنْ لَا سَهْمَ لَهُ وَلَا رَضْخَ.

قلت: أَطْلَقُوا اسْتِحْقَاقَ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ السَّلَبَ، وَيَجِبُ تَقْيِيدُهُ بِكَوْنِهِ لِمُسْلِمٍ[٣] عَلَى الْمَذْهَبِ.

فرع: لَوْ أَعْرَضَ مُسْتَحِقُّ السَّلَبِ عَنْهُ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ مِنْهُ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَيِّنٌ لَهُ [وقد ذكره المصنف في كتاب «السير»] ولا أثر لإعراض العبد قطعًا.

قال: (**وَهُوَ ثِيَابُ الْقَتِيلِ**) أي: التي عليه.

(**وَالْخُفُّ وَالرَّانُ**) هو براء مهملة ثم ألف ثم نون كالخفِّ، لكن لا قدم له، وهو أطول من الخفِّ، قاله في «مُحَرَّمَاتِ الْإِحْرَامِ» من شرح «المهذب».

(**وَآلَاتُ الْحَرْبِ كَدِرْعٍ، وَسِلَاحٍ**[٤]**، وَمَرْكُوبٍ، وَسَرْجٍ، وَلِجَامٍ**) أي: ورحل وَمِقْوَد ونحوها؛ لِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَى ذَلِكَ حِسًّا، وسواء كان راكبًا، أو مقاتل راجلًا، وعنان فرسه بيده.

---

(١) أخرجه البخاري (٣١٤٢)، ومسلم (١٧٥١).

(٢) في النسختين: [والمعين للمعدود] والمثبت من «مغني المحتاج» (٣/ ٩٩) قوله: «والمخذل والمرجف والخائن ونحوهم ممن لا سهم له ولا رضخ. قال الأذرعي: وأطلقوا استحقاق العبد المسلم السلب ويجب تقييده بكونه لمسلم على المذهب».

(٣) قال الشيخ زكريا تعقيبًا على كلام الأذرعي: «وَمَا قَالَهُ وَاضِحٌ» [أسنى المطالب (١٤/ ١٩٩)].

(٤) قَضِيَّةُ عَطْفِهِ السِّلَاحَ عَلَى الدِّرْعِ أَنَّ الدِّرْعَ غَيْرُ سِلَاحٍ، وَهُوَ كَذَلِكَ، وَقَدْ يُطْلَقُ عَلَيْهِ.

وَكَذَا سِوَارٌ وَمِنْطَقَةٌ وَخَاتَمٌ، وَنَفَقَةٌ مَعَهُ وَجَنِيبَةٌ تُقَادُ مَعَهُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال: (**وَكَذَا سِوَارٌ، وَمِنْطَقَةٌ**[١]**، وَخَاتَمٌ، وَنَفَقَةٌ مَعَهُ، وَجَنِيبَةٌ تُقَادُ مَعَهُ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: كغيرها مما سبق؛ لأنها مسلوبة من يده، وطمع المقاتل يمتد إليها، والحسيسة معدة لركوبه، كمن أمسك بعنان فرسه، وقاتل راجلًا.

والثاني: أنها ليست من سلبه كأمتعته وثيابه التي في خيمته.

تنبيهات: قال: أجرى المصنف وغيره القولين في الْمِنْطَقَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: وربما استقر إيراد بعضهم بإخراجها من الخلاف.

قلت: عدَّها القاضي أبو الطيب، والدارميُّ، وأبو محمد الجويني، والفورانيُّ وجماعة، من السَّلب قطعًا، ورجَّحه الإمام، قالوا: لأنها تعلق بها الرأيين، بخلاف السِّوار والخاتم في الهميان[٢] ونحوها، وجزم الفوراني بذلك في الخاتم أيضًا.

قوله: «وَنَفَقَةٌ مَعَهُ» أي: بحملها في هميان أو غيره، أما لو كانت في الحقيبة؛ فحكمها حكم ما في الحقيبة، كما سيأتي.

قوله: «وَجَنِيبَةٌ تُقَادُ مَعَهُ» أحسن من قول «المحرر» والشرحين و«الروضة» وغيرها: «تُقَادُ بَيْنَ يَدَيْهِ»؛ ففهم بعض شارحي «الحاوي» من ذلك التقييد، وليس كذلك، نعم، هل يشترط أن يكون هو قائدها أم لا.

ظاهر عبارة الرَّافِعِيِّ و«الروضة»: لا فرق، بل قولهم: «بَيْنَ يَدَيْهِ» مصرِّح بذلك، وعبارة جماعة منهم ابن الصباغ، والعمراني والرُّويَانِي في «الحلية» و[«البحر»]: يفهم الأول، وبه صرَّح صاحب «التعجيز» في شرحه، فقال: والجنيبة إن كان ممسكها؛ فعلى وجهين، فإنْ لم يكن ممسكها لم يكنْ سلبًا، كسائر ماله الذي ليس معه بيده، وعبارة «المنهاج» محتملة للأمرين، والظاهر أنه أراد الثاني، وإلا لقال: يقودها.

---

(١) هُوَ مَا يُشَدُّ بِهَا الْوَسَطُ.
(٢) الْهِمْيَانُ: مَا يُجْعَلُ فِيهِ الدَّرَاهِمُ، وَيُشَدُّ عَلَى الْحِقْوِ.

....

والحاصل أن الجنيبة على ضربين:

أحدهما: أن يقودها هو، وتقاد على غيرها، فقيل: سلب قطعًا، وقيل: قولان.

الثاني: أن تقاد معه بيد غلامه، وفيها طريقان أظهرهما، وبه جزم الجمهور أنها ليست من السَّلب، والثانية على قولين أو وجهين، أرجحهما عندهما أنها سلب، واعتمد الرَّافِعِيُّ في الترجيح أن الرُّويَانِيَّ وغيره عدوا الجنيبة من السَّلب.

قلت: ولفظ الرُّويَانِيِّ في الجنيبة التي يمسكها في أصحِّ القولين، والذي رأيته في الطريقتين ما قدَّمته، والرَّافِعِي منفرد بالترجيح في التي يقودها غيره، وحاصل الضربين ثلاثة أوجه، أصحها التفضيل، ويجب أن يكون محل الخلاف في المقادة بيد غيره، ما إذا كان، قد أعدها هو لحاجته إليها، أما لو كان قد تبعه بها غلامه، وهو لا يشعر؛ فلا معنى للخلاف فيها، وللدارميِّ ما يوافقه، وكذا ما تقاد وراءه فخرًا، وحشمة لو قاد جنائب[1].

قال السَّرخسيُّ: لا تستحق إلا لواحدة.

قال الرَّافِعِيُّ: فعلى هذا يبقى النظر في أنه يَرْجِعُ إِلَى تَعْيِينِ الْإِمَامِ، أَوْ يُقْرِعُ؟

قال في «الروضة» تفقهًا: تخصيصُ السَّرخسيِّ بجنيبه فيه نظرٌ، وإذا قيل به؛ فينبغي أن يختار القاتل واحدة، فهذا هو المختار بل الصواب، بخلاف ما أبداه الرَّافِعِيُّ. **قلت**: أما التقييد بواحدة؛ فقد صرَّح به الأصحاب ممن صرَّح به شيخهم الشيخ أبو حامد، والإمام، وغيرهما، وأبدى الإمام لنفسه في تعيين الإمام والقرعة احتمالين، ثم قال: وقد يخطر للفقيه تخيير القاتل؛ فإن استحقاقه السلب؛ لما أبلى من البلاء، وأبداه من العناء؛ فلا يبعد أن يستحق التعيين، انتهى.

واعلم أنه إنْ كان يقود الجميع غيره، وهو الغالب فقد بيَّناه، وإنْ كان هو

(١) هو ما كان فوق الفرسين فهو جنائب.

لَا حَقِيبَةٌ مَشْدُودَةٌ عَلَى الْفَرَسِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

يقود الجميع، وهو بعيد عادةً؛ ففيه الاحتمالات، وظاهر كلام الإمام أن الثالث أبعدها، وإنْ كان القتيل يقود واحدةً، وغلامه الباقي؛ فالوجه تعيين التي هي بيده على المذهب، كمركوبه.

فرع: لو كان لمركوبه مهر يتبعه، قال ابن القطان: فلا ينبغي أن يدخل في السلب؛ لِأَنَّهُ مُنْفَصِلٌ.

قال: **(لَا حَقِيبَةٌ مَشْدُودَةٌ عَلَى الْفَرَسِ عَلَى الْمَذْهَبِ)** أي: التي هو راكبها، تكون فيها أقمشته ونفقته وغيرها، والحقيبة ما تشد خلف الراكب، وجمعها حقائب.

قال: «عَلَى الْمَذْهَبِ»؛ لَيْسَتْ مِنْ لِبَاسِهِ، وَلَا مِنْ حِلْيَتِهِ، وَلَا حِلْيَةِ فَرَسِهِ، هذا ما حكاه الإمام عن الأصحاب، وقيل: يطرد الخلاف فيها.

وقال الْغَزَالِي: إنها القياس كَالْجَنِيبَةِ.

واعلم أني لم أر بعد الكشف والتعين مَنْ قطع، ولا مَنْ رجَّح مِنْ أن الحقيبة ليست بسلب مع ترجيحه، بأن الْجَنِيبَةَ المقودة بين يديه من السَّلب، بل الحقيبة أولى بكونها سلبًا من جَنِيبَة بيد خادم؛ ولهذا رجَّح مرجحون جعلها سلبًا دون الْجَنِيبَة، وجزم الجرجاني وغيره بعدم دخول الحقيبة، ورجَّح دخول الحقيبة، لا يقال: الْجَنِيبَة معدة للقتال كمركوبه؛ لأن الحقيبة قد تعتد كذلك، بأن يضمها آلة قتال، قد يحتاج إليها من أوتار قسي ونحوها.

ويشبه أن موضع الخلاف فيها ما إذا لم يجعَلَهَا وِقَايَةً لِظَهْرِهِ، فإنْ قصد ذلك كانت كَالْمِغْفَرِ وَالتُّرْسِ.

وقال: أشار الإمام إلى نحو هذا بقوله: إن الطوق لا بدَّ أن يكون واقيًا لما يستره، وأثره في الوقاية بيِّن لا حاجة إلى تقريره، أي: بخلاف الخاتم وغيره مما يراد للزينة، وأخذ بعضهم من كلامه أنه: إنْ أراد بالطوق الوقاية؛ فسلب قطعًا، فيقال: مثله في الحقيبة.

فرع: قَالَ الْإِمَامُ: لَوْ كَانَ غُلَامُهُ حَامِلًا لِسِلَاحِهِ، يُعْطِيهِ مَتَى شَاءَ؛ فَيَجُوزُ

وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِرُكُوبِ غَرَرٍ يَكْفِي بِهِ شَرَّ كَافِرٍ فِي حَالِ الْحَرْبِ، فَلَوْ رَمَى مِنْ حِصْنٍ أَوْ مِنَ الصَّفِّ أَوْ قَتَلَ نَائِمًا أَوْ أَسِيرًا أَوْ قَتَلَهُ وَقَدِ انْهَزَمَ الْكُفَّارُ فَلَا سَلَبَ،

أَنْ يَكُونَ السِّلَاحُ كَالْفَرَسِ الْمَجْنُوبِ، أي: مَعَ الْغُلَامِ، قال: ويجوز أن يقال: لا، قال: والزائد على السلاح الذي معه، إذا كان زائدًا عَلَى الْعَادَةِ؛ فَهُوَ مَحْمُولٌ لَا سِلَاحٌ [ومستعمل، ويقرب من الهميان][1] انتهى.

فإنْ أراد بالزائد ما مع الفارس نفسه؛ فبعيد، بل الظاهر أنه لو تقلَّد سيفين، أو حمل قوسين، أو ظَاهَرَ بَيْنَ دِرْعَيْنِ ونحوهما، أن الجميع سلب قطعًا، وإنْ أراد كون ذلك مع الغلام؛ فهو كالْجَنِيبَةِ مع الغلام، وقد سبق بيان حكمها واضحًا.

قال: (**وَإِنَّمَا يَسْتَحِقّ**) يعني: السَّلب المذكور.

(**بِرُكُوبِ غَرَر يَكْفِي بِهِ شَرَّ كَافِرٍ**) أي: أصلي.

(**فِي حَالِ الْحَرْبِ**)؛ هَذِهِ قُيُودٌ ثَلَاثَةٌ بيَّنها من بعد بقَوْلِهِ: (**فَلَوْ رَمَى مِنْ حِصْنٍ أَوْ مِنَ الصَّفِّ أَوْ قَتَلَ نَائِمًا أَوْ أَسِيرًا أَوْ قَتَلَهُ، وَقَدْ انْهَزَمَ الْكُفَّارُ؛ فَلَا سَلَبَ**) أي: لِأَنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ ارتكاب الْخَطَرِ وَالتَّغْرِيرِ بِالنَّفْسِ في القتل ونحوه، وَهُوَ مُنْتَفٍ هَاهُنَا.

تنبيهات: منها: قوله: «نَائِمًا» ينبه على المغمى عليه دون السكران الطافح الذي لم يبق في صاحبه دفاع، وكذلك الزمن ونحوه، ممن لا قتال فيه ولا رأي.

ومنها: قوله: «أَوْ أَسِيرًا» مطلق، وقال السَّرخسيُّ: لو أمسكه واحد، وقتله آخر؛ فالسَّلب بينهما لاندفاع شره بهما.

قال الرَّافِعِي: وكأن هذا فيما إذا منعه الهرب، فلم يضبطه، فأما الإمساك الضابط؛ فإنه أسر، وقتل الأسير لا يستحق به السَّلب.

قلت: فصَّل الْمَاوَرْدِيُّ؛ فقال: لو أسره ولم يقتله، وقلنا: لا يستحق به السلب، فقتله بعد أسره نظر، إنْ قتله، والحرب قائمة؛ فله سَلبه، أو بعد

---

(١) في نسخة (لا سلاح مستعمل ويفرق من المهمات).

وَكِفَايَةُ شَرِّهِ أَنْ يُزِيلَ امْتِنَاعَهُ بِأَنْ يَفْقَأَ عَيْنَيْهِ أَوْ يَقْطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ.

انقضائها؛ فوجهان اعتبارًا لحالة الأسر، أم بحالة القتل، انتهى.

وكأن المعنى فيه: أن الأسر لم يستقر مع قيام الحرب، يوضحه قول الإمام في توجيه الأظهر أن المدرك يشارك فيما خير قبل وصوله، أن تلك الأيدي لا حكم لها، وهي مع قيام المطاردة عرضة للاسترجاع، انتهى.

وتجويز أن يكون المراد ما إذا أمسكه؛ ليقتله صاحبه، وأن الإمساك ضابطًا، ولم يقصد به أسره، أو يقال: التصوير فيما إذا أمسكه، ولم يضبطه به، بل كان ينازعه، ويروم التفلت منه، ولا ينقاد له، فأعاقه بذلك حتى قتله صاحبه.

ومنها: قوله: «وقَدْ انْهَزَمَ الْكُفَّارُ» مطلق، وينبغي أن يكون ذلك فيما إذا تمت الهزيمة، أما لو كروا عن قرب أو كان ذلك خديعة، أو بأن يحيزهم إلى فئة قريبة، فحكم القتال والمطاردة باقٍ، وليست هزيمة حقيقة.

ومنها: في «تعليق القاضي الحسين»: أن مَن أَغْرَى كَلْبًا عَقُورًا على مشرك، فَقَتَلَهُ، اسْتَحَقَّ سَلَبَهُ؛ لِأَنَّهُ خَاطَرَ بِرُوحِهِ حَيْثُ صَبَرَ فِي مُقَابَلَتِهِ حَتَّى عَقَرَهُ الْكَلْبُ.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يجوز أن يتخيل مثله، فيما إذا رماه من الصف، على أن ما قاله القاضي الحسين قد يخالف فيه، انتهى.

والظاهر أن القاضي أراد أنه خاطر بروحه في مقابلته من يده، وعن قرب، وجعل الكلب آلة له فى الإعانة على قتله، ويرشد إليه قوله: «خَاطَرَ بِرُوحِهِ حَيْثُ صَبَرَ فِي مُقَابَلَتِهِ»، وحينئذٍ الفرق بين هذا، والرامي من الصنف واضح، وبعيد أن يريد القاضي أنه أغرى الكلب به من بعد أو من الصف، كما فهمه ابن الرِّفْعَة، وقول القاضي في مقاتلته هو فيما أحسب بالتاء المثناة المكررة لا بالباء الموحدة قبل اللام، من الصف ونحوه.

قال: **(وَكِفَايَةُ شَرِّهِ أَنْ يُزِيلَ امْتِنَاعَهُ بِأَنْ يَفْقَأَ عَيْنَيْهِ أَوْ يَقْطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ)** عبارة «الروضة» وغيرها: بأن يعميه، وهي أحسن؛ فإنه يدخل فيها مَنْ يبصر بعين واحدة فأعماها، ومن ضرب رأسه فأذهب بالضَّرب ضوء عينيه من غير فقء.

وَكَذَا لَوْ أَسَرَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ أَوْ رِجْلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**وَكَذَا لَوْ أَسَرَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ أَوْ رِجْلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ**) لأن الأسر أبلغ من القتل، أما القطع: فكما لو فقأ عينه، والثاني: لا؛ لأن شره كله لا يندفع بأسره، وأما في القطع؛ فلأنه قد يقاتل راكبًا بعد قطع الرجلين بيديه، وبعد قطع اليدين قد يهرب، ويجمع القوم.

وقال الرُّويَانِيُّ في «التجربة»: الصحيح من القولين إنه إذا أسره، استحق سلبه؛ لأنه كفى المسلمين في الحال شره، ولو قطع يديه دون رجليه أو بالعكس أو إحدى اليدين، وإحدى الرجلين؛ فالذي نصَّ عليه في «الأم»: أنه لا يستحق سلبه؛ لأنه إذا بقيت له يدان أمكنه أن يحارب ويرمي، وباقي الرجلين يقدر على العدو والمشي، ويمتنع بنفسه، وربما يكون قويًّا، فيرفس ضعيفًا فيقتله، انتهى، وهذا منه اختيار للفرق بين القطع والأسر، وهو محتمل، والفرق منقدح.

وفي «الروضة»: أنه قطع جماعة في الثانية فالمرجح فيها، وعبارة الرَّافِعِي: أنه الذي أورده الْمُزَنِي، وأجاب به جماعة من الأصحاب منهم الرُّويَانِي، انتهى.

والذي رواه القاضي أبو الطيب عن الأصحاب تصحيح الثاني منها، وصححه ابن داود، واختاره ابن أبي عصرون؛ فشمل في الصورتين مما سقناه أربعة آراء؛ ثالثها: يستحق سلب الأسير دون المقطوع يديه أو رجليه، أو يده ورجله.

رابعها: عكسه، وصحح الإمام طريقه، وقال: لا يجوز غيرها، وهي تنزيل النصين على حالين بحيث قال له: أراد ما إذا أزمنه، بحيث لم يبق فيه قتال، أو حيث قال: ليس له، أراد إذا لم يسقط قتاله به؛ لأن الإزمان يختلف باختلاف الأشخاص.

وذكر الْمَاوَرْدِي: الاستحقاق بالسَّلب شرطان:

أحدهما: أَنْ يَنَالَهُ مِنَ ألم الْجِرَاحِ مَا يَعْجِزُ مَعَهُ عَنِ الْقِتَالِ، سَوَاءٌ قَطَعَ أَطْرَافَهُ الْأَرْبَعَةَ أَوْ بَعْضَهَا، أَوْ كَانَ الْجِرَاحُ فِي غَيْرِ أَطْرَافِهِ، ثم ذكر رواية

وَلَا يُخَمَّسُ السَّلَبُ عَلَى الْمَشْهُورِ.

الْمُزَنِيِّ، ورواية الربيع.

[ثم قال: وَلَيْسَ ذَلِكَ باخْتِلَافِ قَوْل، كَمَا وَهِمَ فِيهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا، وَإِنَّمَا الِاعْتِبَارُ فِيهِ بِأَنْ يَصِيرَ بِالْجِرَاحِ عَاجِزًا عَنِ الْقِتَالِ صَرِيعًا، كما قال].

وَالشَّرْطُ الثَّانِي: أَلَّا تَطُولَ بِهِ مُدَّةُ الْحَيَاةِ بَعْدَ الْجِرَاحِ، فَيُكْفَى شَرَّ رَأْيِهِ وَتَدْبِيرِهِ، فَيَصِيرُ بِاجْتِمَاعِ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ يستحق الجارح سَلَبُهُ دُونَ قاتله، ولو جَرَحَهُ جِرَاحَةً لَا تَطُولُ مُدَّةُ الْحَيَاةِ بَعْدَهَا، لَكِنَّهُ قَدْ يُقَابِلُ مَعَهُ؛ فَلَا سَلَبَ لِجَارِحِهِ، بل لِقَاتِلِهِ، وهذا يضارع ما قاله الإمام.

ثم قال: وَلَوْ نَالَهُ بِالْجِرَاحِ مَا كَفَّهُ عَنِ الْقِتَالِ أَبَدًا، لَكِنْ طَالَتْ حياته بَعْدَهُ؛ فَفِي سَلَبِهِ قَوْلَانِ مِنْ قَتْلِ الشُّيُوخِ:

أَحَدُهُمَا: هو لِجَارِحِهِ دُونَ قَاتِلِهِ، إِذَا قلنا: لَا يُقْتَلُونَ.

وَالثَّانِي: لِقَاتِلِهِ دُونَ جَارِحِهِ، إِذَا قلنا: يُقْتَلُونَ، انتهى.

إذا تصفحت الكتب علمت أن الراجح عند جمهور الأئمة استحقاقه سلب أسيره دون من قطع يديه أو رجليه، وفيه بقية؛ منعه مع ذلك.

فروع: لو اشترك [جمعٌ][(١)] في قتله أو إثخانه؛ فالسلب لهم، قال في «الروضة»: ولو أثخنه فقتله آخر؛ فالسلب للمثخن، انتهى.

وهذا إذا كفي شره بالخيانة، قال: ولو جرحه، ولم يثخنه فقتله آخر؛ فالسلب للثاني، انتهى.

ورأيت في «البيان»: وإنْ أثخنه رجل، ولم يكف المسلمين شره، لو بقي ثم قتله آخر؛ لم يستحق أحدهما سلبه، انتهى.

ولو قاتل صبي أو امرأة؛ استحق قاتلهما سلبهما على الأصحِّ، والعبد البالغ كالصبي، وقيل: كالرجل الحرِّ قطعًا.

قال: (**وَلَا يُخَمَّسُ السَّلَبُ عَلَى الْمَشْهُورِ**) لأنه ﷺ قضى به للقاتل، ولم

---

(١) في نسخة: (جماعة).

وَبَعْدَ السَّلَبِ تُخْرَجُ مُؤْنَةُ الْحِفْظِ وَالنَّقْلِ وَغَيْرِهِمَا. ثُمَّ يُخَمَّسُ الْبَاقِي ....

يخمِّسه، رواه أبو داود، وصححه ابن حبان، وفي «صحيح مسلم» معناه[١].

والثاني: يخمَّس كغيره من الغنيمة؛ فيدفع خمسه إلى أهل الخمس، والباقي للقاتل.

قال: (**وَبَعْدَ السَّلَبِ تُخْرَجُ مُؤْنَةُ الْحِفْظِ وَالنَّقْلِ وَغَيْرِهِمَا**) أي: مِنْ الْمُؤَنِ اللَّازِمَةِ كَأُجْرَةِ حَمَّالٍ وَرَاعٍ ونحوها؛ لِلْحَاجَةِ إلَيْهَا.

قال: (**ثُمَّ يُخَمَّسُ الْبَاقِي**) أي: فيُجعل خَمْسَةُ أَخْمَاسٍ مُتَسَاوِيَةٍ، وَيُؤْخَذُ خَمْسُ رِقَاعٍ، وَيُكْتَبُ عَلَى وَاحِدَةٍ لِله، أَوْ لِلْمَصَالِحِ، وَعَلَى أَرْبَعٍ لِلْغَانِمِينَ، ثُمَّ تُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ مُتَسَاوِيَةٍ، من شمع أو طين، ويُجففُ وَيُخْرَجُ لِكُلِّ سهم رُقْعَةٌ، فَمَا خَرَجَ للهِ؛ جُعِلَ بَيْنَ أَهْلِ الْخُمْسِ عَلَى خُمْسِهِ، ومنه يكون النقل على الأصحِّ، ويُقسمُ الباقي على الغانمين كما سيأتي، وتقدَّم القسمة بينهم على قِسْمَةِ الْخُمُسِ؛ لِأَنَّهُمْ حَاضِرُونَ وَمَحْصُورُونَ، ولا يكره قسمة الغنيمة عندنا بدار الحرب، بل يستحب.

وفي «المهذب» وغيره: وأنه أجاب في كتاب «الزكاة»: أنه يكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر.

قلت: ويظهر أنه إذا حُقت حاجة الغانمين إليها هناك أن تجب القسمة هناك؛ حيث لا عذر، وإنْ حُقت حاجتهم إلى بعضها كالظَّهر مثلًا، فقط وجبت قسمته، وما يتوصل به إلى تحصيله، وما أشبه هذا.

ثم رأيتُ الْمَاوَرْدِيَّ - رحمه الله تعالى - قال في كتاب «الزكاة»: أنه لا يجوز للإمام تأخير القسمة بينهم إلا بعذر مانع، من دوامِ حربٍ، أو رجعةِ عدوٍّ، فأما تأخير قسمتها من غير عذر، فغير جائز؛ لما فيه من الإضرار بالغانمين.

وكلامه كالمصرح بالوجوب، وهو ظَاهِرٌ لَا شَكَّ فِيهِ، إذَا طَلَبَهَا الْغَانِمُونَ، بِلِسَانِ الْقَالِ أَوْ الْحَالِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٧١١)، وابن حبان (٤٨٠٥) ومسلم (١٧٥٤) بنحوه.

فَخُمُسُهُ لِأَهْلِ خُمُسِ الْفَيْءِ يُقَسَّمُ كَمَا سَبَقَ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ النَّفَلَ يَكُونُ مِنْ خُمُسِ الْخُمُسِ الْمُرْصَدِ لِلْمَصَالِحِ إِنْ نَفَلَ مِمَّا سَيُغْنَمُ فِي هَذَا الْقِتَالِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُنَفِّلَ مِنْ مَالِ الْمَصَالِحِ الْحَاصِلِ عِنْدَهُ، وَالنَّفَلُ زِيَادَةٌ يَشْتَرِطُهَا الْإِمَامُ أَو الْأَمِيرُ لِمَنْ يَفعَلُ مَا فِيهِ نِكَايَةَ الْكُفَّارِ ....

قال: (**فَخُمُسُهُ لِأَهْلِ خُمُسِ الْفَيْءِ يُقَسَّمُ كَمَا سَبَقَ**) أي: في قَسم الفيء، وهو أنه يُقسَّمُ على خمسة أسهم كما بيَّناه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**): أي: المنصوص في «الأم» و«المختصر».

(**أَنَّ النَّفَلَ**) أي: بالتحريك.

(**يَكُونُ مِنْ خُمُسِ الْخُمُسِ الْمُرْصَدِ لِلْمَصَالِحِ**)؛ لِرِوَايَةِ الشَّافِعِيِّ عَنْ مَالِكٍ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ: أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ رضي الله عنه يَقولُ: كَانَ النَّاسُ يُعْطَوْنَ النَّفَلَ مِنَ الْخُمُسِ، أي: من خمس الخمس.

والثاني: وحكى عن القديم أنه من أصل الغنيمة، كأجرة الكيال ونحوه.

والثالث: وحكى قولًا أيضًا أنه من الأخماس الأربعة.

قال: (**إِنْ نَفَلَ مِمَّا سَيُغْنَمُ فِي هَذَا الْقِتَالِ**)، هذا موضع الخلاف المذكور وفاءً بالشَّرط أو الوعد.

(**وَيَجُوزُ أَنْ يُنَفِّلَ مِنْ مَالِ الْمَصَالِحِ الْحَاصِلِ عِنْدَهُ**) بَلْ يَجُوزُ أَنْ يُعْطَى مِمَّا يَتَجَدَّدُ فِيهِ[1].

(**وَالنَّفَلُ زِيَادَةٌ يَشْتَرِطُهَا الْإِمَامُ أَوْ الْأَمِيرُ لِمَنْ يَفْعَلُ مَا فِيهِ نِكَايَةَ الْكُفَّارِ**)

أي: ونحو ذلك كتوقع ظفر بهم، أو دفع شر، كَالتَّقَدُّمِ عَلَى طَلِيعَةٍ، أو التَّهَجُّمِ عَلَى قَلْعَةٍ، أو الدَّلَالَةِ عَلَيْهَا، وَكَحِفْظِ مَكْمَنٍ، وتحسس حال ونحوها، هكذا قالاه، وإنما يفعل ذلك إذا مست الحاجة إليه؛ لِكَثْرَةِ الْعَدُوِّ وقلتنا -والعياذ بالله تعالى- وَاقْتَضَى الْحَالُ بَعْثَ السَّرَايَا، وَحِفْظَ الْمَكَامِنِ ونحوها، وَكَذَلِكَ فَعَلَ ﷺ فِي بَعْضِ الغَزَوَاتِ دُونَ بَعْضٍ.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١١/ ٣٩٩).

وَيَجْتَهِدُ فِي قَدْرِهِ، وَالْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَقَارُهَا وَمَنْقُولُهَا لِلْغَانِمِينَ.

وَهُمْ مَنْ حَضَرَ الْوَقْعَةَ بِنِيَّةِ الْقِتَالِ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ.

قال: (**وَيَجْتَهِدُ**) أي: الإمام أو الأمير.

(**فِي قَدْرِهِ**) أي: بِحَسَبِ قِلَّةِ الْعَمَلِ وَكَثْرَتِهِ وخطره وضده، ومَنْ أتى المالين يكون بحسب المصلحة، ثم إن كان من مال المصالح المرصد عنده؛ اشترط كونه معلومًا، وإنْ كان مما سيغنم في هذا القتال أو المعركة؛ ذكر جزءًا كعشر أو ثمن وغيرهما، ويحتمل الجهالة للجهالة، ويجوز أن يكون لمعينٍ، كأن فعلت كذا؛ فلك كذا، ولمجهولٍ كقوله: مَنْ فعل كذا؛ فله كذا، وصحَّ في «كتاب الترمذي» وغيره: «**أنه ﷺ كَانَ يُنَفِّلُ فِي الْبَدْأَةِ الرُّبُعَ، وَفِي الرَّجْعَةِ الثُّلُثَ**» ولفظ الترمذي: «**القفولُ** - بَدَلَ - الرَّجْعَةِ»[١]. وفي المراد بهما، ومم يكون الربع والثلث كلامٌ طويلٌ في «الروضة» وغيرها[٢].

فرع: لو قال الأمير: مَن أخذ شيئًا، فهو له؛ لم يصح شرطه على الأظهر، وممن ظهر منه في الحرب حسن إقدام، وأَثَرٌ مَحْمُودٌ؛ زِيدَ عَلَى سَهْمِهِ مِنْ سَهْمِ الْمَصَالِحِ مَا يَلِيقُ بِالْحَالِ.

قال: (**وَالْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَقَارُهَا وَمَنْقُولُهَا لِلْغَانِمِينَ**) أي: الباقي منها بعد تقديم ما يجب تقديمه من المؤن كما سبق للغانمين؛ لإطلاق الآية الكريمة، والأخبار.

منها ما رواه البيهقيُّ: أن رجلًا سأله ﷺ عَن الْغَنِيمَةِ؛ فَقَالَ: «**لِلهِ خُمُسُهَا، وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِلْجَيْشِ؛ فَمَا أَحَدٌ أَوْلَى بِهِ مِنْ أَحَدٍ**» **قَالَ**: «**لَا، وَلَا السَّهْمُ تَسْتَخْرِجُهُ مِنْ جَنْبِك، أَنْتَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ أَخِيك الْمُسْلِمِ**»[٣] رواه البيهقيُّ، بإسنادٍ صحيحٍ.

وقال: (**وَهُمْ مَنْ حَضَرَ الْوَقْعَةَ بِنِيَّةِ الْقِتَالِ، وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ**) لِقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ

---

(١) أخرجه الترمذي (١٥٦١) وابن أبي شيبة (٧/ ٣٩١، رقم ٣٦٨٦٨).

(٢) انظر: مغني المحتاج (١١/ ٤٠٣).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ٣٢٤).

وَلَا شَيْءَ لِمَنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ، وَفِيمَا قَبْلَ حِيَازَةِ الْمَالِ وَجْهٌ.

وَعُمَرَ - رضي الله عنهما -: «إِنَّمَا الْغَنِيمَةُ لِمَنْ يَشْهَدُ الْوَقْعَةَ»[1] وأسند الشَّافِعِيُّ أثر عمر عن الثقة، ثم قال: وبهذا نقول: قال: وقد روى النبي ﷺ شيئًا يثبت ما روي عنهما.

قال البيهقيُّ: أراد -والله أعلم- حديث أبي هريرة في قصة إبان بن سعيد بن العاص، حين قدم مع أصحابه على رسول الله ﷺ بخيبر بعد أن افتتحها؛ فلم يسهم لهم[2].

إشارة: أطلق قوله: «بِنِيَّةِ الْقِتَالِ».

وفي «الذخائر»: قال أصحابنا: والضابط فيه أنه لمن شهد الوقعة مع القصد لنصرة المسلمين، [وهو من أهل القتال.

وعبارة «البسيط»: والضبط شهود الواقعة مع تجريد القصة لنصرة المسلمين].

قال: **(وَلَا شَيْءَ لِمَنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ)**؛ للخبر، والأثر.

(وَفِيمَا قَبْلَ حِيَازَةِ الْمَالِ وَجْهٌ) أي: أنه يستحق؛ لأنه لحق قبل تمام الاستيلاء، وحكى قولًا، وقيل: إن خيف رجعة الكفار استحق، وإلا فلا.

تنبيهات: منها: عبارة «الروضة»: وإن حضر بعد انقضائه، وقَبْلَ حِيَازَةٍ؛ فقولان، وقيل: وجهان.

وعبارة الرَّافِعِيِّ: منهم ومنهم، ولم يرجِّح أن الخلاف قولين، وأما الوجه الثالث؛ فرواه ابن كَجٍّ.

وعبارة الدارميِّ: فإن جاءوا بعد الحرب وإحراز الغنيمة؛ فإنْ كان المشركون مأموني الكرة لقتلهم أو لقتل كثير منهم؛ لم يسهم لهم، وإنْ كانوا غير مأموني الرَّجعة؛ فعلى وجهين.

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم (٧/ ٣٤١)، والبيهقي (٩/ ٥٠، رقم ١٧٧٣١).

(٢) انظر: سنن البيهقي الكبرى (٦/ ٣٣٤).

....

ومنها: ذكر في «النهاية» و«البسيط»: أنه لو حضر مددٌ في القتال، شارك فيما حِيز بعد حضوره جزمًا، وفي «المحرر» قِيله القولان.

وقال القاضي الحسين: إنه مرتب على الصورة الأولى، وأولى بالمشاركة، وصحح الإمام، والْغَزَالِي المشاركة هنا، وهذا التفصيل مذكور في «الإبانة» وغيرها.

ومنها: عن الْبَغَوِيِّ: أنه لو انهزم أحد في أثناء القتال، ثم عاد قبل انقضائه؛ استحق من المحوز بعد عوده دون ما قبله.

قال الرَّافِعِيُّ: وقياسه أن يقال: فيمن حضر انقضاء القتال، لا حق له في المحوز قبل حضوره، وكذا نقل السَّرخسيُّ عن بعضهم.

[قال المصنف: وما نقله السَّرخسيُّ متعين، وكلام من أطلق محمول عليه، انتهى].

وقد علمت ما فيه، وحكى ابن كَجٍّ هذا التفصيل عن بعض الأصحاب.

ومنها: لَوْ دَخَلَ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ دَارَ الْحَرْبِ بِجَيْشٍ، فَبَعَثَ سَرِيَّةً فِي نَاحِيَةٍ فَغَنِمَتْ؛ شَارَكَهَا الجَيْشُ، وَبِالْعَكْسِ لِاسْتِظْهَارِ كُلٍّ بِالأخرى، وَلَوْ بَعَثَ سَرِيَّتَيْنِ إِلَى جِهَةٍ؛ اشْتَرَكَ الْجَمِيعُ فِيمَا تَغْنَمُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، وَكَذَا لَوْ بَعَثَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ، وَإِنْ تَبَاعَدَتَا عَلَى الْأَصَحِّ فيهما، ولم يدخل الإمام دارهم، بل بعث بسريتين إلى جهة واحدة فإن مرَّ عليهما أميرًا واحدًا؛ صحَّ على الأصحِّ، أو تقاربتا بحيث تكون كل واحدة عونًا للأخرى اشتركتا، وإلا فلا، ولو بعث جاسوسًا؛ يغنم الجيش قبل رجوعه شاركهم على الأصحِّ[1] ولو اختار الأمير في العسكر مَنْ يحرسه مِنْ هجوم العدو، أو أفرد من الجيش كمينًا؛ أسهم لهم ولخيلهم، وإنْ لم يشهدوا الوقعة، ذكره الْمَاوَرْدِيُّ وغيره، وهو واضحٌ.

وهذه الصورة ترد على قول المصنف: وهم من حضر الوقعة، وكان من حقِّه أن يزيد: ومَنْ في حكمهم، أو مَنْ ألحق بهم، ونحو ذلك [ولو ولى

(١) ذلك لِأَنَّهُ فَارَقَهُمْ لِمَصْلَحَتِهِمْ، وَخَاطَرَ بِمَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْ شُهُودِ الْوَقْعَةِ.

وَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ وَالْحِيَازَةِ فَحَقُّهُ لِوَارِثِهِ وَكَذَا بَعْدَ الِانْقِضَاءِ وَقَبْلَ الْحِيَازَةِ فِي الْأَصَحِّ.

مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا؛ ففيه تفصيلٌ ذكروه في «السير».

قال الْغَزَالِيُّ: ويصدق بيمينه؛ فإن حلف استحق من الجميع، وإلا فهو المحوز بعد عوده].

ومنها: قوله: «بِنِيَّةِ الْقِتَالِ» قال شارح: أخرج به التاجر، والمحترف، والأجير للسياسة وغيرهما، إذا لم ينووا القتال، انتهى، وليس بجيد لما سيأتي.

وقال إثر قول المصنف: «وإن لم يقاتل» أي: وهو من أهل الكمال، ثم زعم أنه احترز بقيد الكمال عن الصبي والمرأة ونحوهما؛ فإنهم يستحقون الرَّضخ دون السهم، انتهى.

وهذا صَلَفٌ؛ لأنه لم يخص ذلك لمن يستحق السهم، وهؤلاء من مستحقي الغنيمة، وإنْ كان حقهم الرَّضخ لا السهم.

ومنها: لو أفلت من أسر من جيش، ولحق بجيش آخر، وشهد الوقعة وقاتل؛ استحق على المذهب، وإنْ لم يقاتل؛ فهل يستحق لشهوده الوقعة أم لا؛ لعدم قصده الجهاد؟ قولان، ذكره في «الروضة»، وأطلق الْمَاوَرْدِيِّ القول: باستحقاقه قاتل أم لا؟ وجزم سليم وغيره من العراقيين: أن لحوق الأسير كلحوق المدد من غير فرق بين أسير وأسير، وهو المفهوم من إيراد المصنف.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ وَالْحِيَازَةِ؛ فَحَقُّهُ لِوَارِثِهِ**) أي: كسائر الحقوق، كذا أطلقاه.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن يقال على قولنا: أنهم لا يملكون الغنيمة بالانقضاء والحيازة، بل ملكوا بهما إنْ تملكوا أن ينتقل إلى الورثة حق التمليك؛ كالأخذ بالشفعة دون الملك، انتهى، وكلامهم محمول على هذا، وعبارة «المنهاج» ظاهرة فيه.

قال: (**وَكَذَا بَعْدَ الِانْقِضَاءِ، وَقَبْلَ الْحِيَازَةِ فِي الْأَصَحِّ**) الخلاف مبني على أنه تُمْلَكُ، إنْ قلنا: بانقضاء الحرب؛ فنعم، أو به وبالحيازة؛ فلا، وأجري

وَلَوْ مَاتَ فِي الْقِتَالِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ.

الخلاف، فيما لو مات فرسه في هذه الحالة، هل يستحق سهم الفرس لحضوره القتال فارسًا؟ وهما قولان في هذه الصورة في «الشامل» وغيره، مبنيان على القولين في تملك الغنيمة، والظاهر الجزم باستحقاق سهم الفارس.

قال: **(وَلَوْ مَاتَ فِي الْقِتَالِ)** أي: في أثناءه.

(فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ) أي: بخلاف موت الفرس في مثالنا، فإنه يستحق سهم الفرس؛ لأنه تابع والفارس متبوع؛ فإذا مات فَاتَ الْأَصْلُ، هذا ما نص عليه فيهما، وهو أصحُّ الطرقِ.

وقيل: فيهما قولان، مسارهما أن النظر إلى الابتداء أو الانتهاء، وقيل: إنْ حصلت الحيازة بذلك القتال السابق منه؛ ثبت الاستحقاق، أو بقتال جديد فلا.

وينقدح أن يقال: له حق فيما حيز [قبل موته دون ما حيز] بعده، ونقل الإمام عن الأصحاب القطع بالمنع بموته، وفي موت الفرس أقوال.

ثالثها: إنْ اتفق[1] قبل حيازة المغنم؛ فلا سهم له، أو بعد الحيازة، وقبل انجلاء الحرب؛ استحق صاحبه سهمه.

فرع: لَوْ مَرِضَ فِي أَثْنَاءِ القتالِ مَرَضًا، يُرْجَى زَوَالُهُ بقي حقه، وَكَذَا إنْ لَمْ يُرْجَ كَزمَانَةٍ وَفَالِجٍ عَلَى الْأَظْهَرِ، أو الأصح فِي «الرَّوْضَةِ»، وفي «البسيط» غير طريقة العراق القطع بالمنع، قال: وهو القياس كالموت، وذكر الفوراني: فيه قولين.

وقال المحامليُّ في «المقنع»: يسقط سهمه، ويصير بمنزلة ورثة[2] مَنْ مات مِن المجاهدين، انتهى.

وهذا واضحٌ، وقد يغفل عنه، ولو خرج في الحرب؛ استحق على المذهب، وما سبق في الزمانة بالآفة المساوية.

قال الرَّافِعِي: ثم الأكثرون أطلقوا القول في رجاء الزوال وعدمه، وحكى

---

(١) في الأصل (يقف).

(٢) في الأصل (ذرية).

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْأَجِيرَ لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ وَحِفْظِ الْأَمْتِعَةِ، وَالتَّاجِرَ وَالْمُحْتَرِفَ يُسْهَمُ لَهُمْ إِذَا قَاتَلُوا.

بعض أصحاب الإمام: أن المعتبر رجاء الزوال قبل انقضاء القتال.

قلت: هذا مصرحٌ به في «النهاية».

قال ابن القطان: لَوْ ارْتَدَّ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ، وَقَبْلَ الْحِيَازَةِ؛ فَلَا سَهْمَ لَهُ وَجْهًا وَاحِدًا، وَإِنْ ارْتَدَّ بَعْدَ الْحِيَازَةِ؛ فَفِي بُطْلَانِ سَهْمِهِ وَجْهَانِ.

قال: **(وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْأَجِيرَ لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ، وَحِفْظِ الْأَمْتِعَةِ، وَالتَّاجِرَ، وَالْمُحْتَرِفَ؛ يُسْهَمُ لَهُمْ إِذَا قَاتَلُوا)** أي: لشهودهم الوقعة.

تنبيهات: أولها: احترز بقوله: «لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ»، ونحوه عن الأجير للجهاد، وسنذكره، وعما إذا كانت الإجارة على عمل في الذمة؛ كخياطة ونحوها، من غير تعيين مدة.

قال الرَّافِعِيُّ: يستحق بلا خلاف، وإنْ تعلقت بمدة معينة، وحضر القتال في تلك المدة؛ فالأقوال الآتية، وأما الأجير للجهاد، فإنْ صححنا الإجارة؛ فلا سهم له، ولا رضخ، قال الرَّافِعِيُّ: وينبغي طرد الأقوال فيه.

قلت: حكاه الإمام، والقاضي الحسين طريقةً، وإنْ لم يصحح الإجارة، وهو الصحيح؛ ففي استحقاقه السهم وجهان، وبالمنع جزم صاحب «المهذب»، و«الكافي»: قاتل أم لا؟ وبترجيحه صرَّح في «الشرح الصغير»، وبيَّن الشيخ أبو محمد في «السلسلة» الوجهين على القولين، فيما إذا صرف أجير الحج بالنية إلى نفسه، هل يستحق أجرة؟ وكنت أود أن لو قيل: إنْ قصد الأجير بخروجه للجهاد، وإنما أجر نفسه؛ ليستعين بذلك على الوصول؛ أسهم له بالحضور، وإنْ كان إنما أجر لنفسه؛ لأجل الأجرة فقط؛ فلا، ويكون كمَنْ خرج للتجارة فقط، وسيأتي ما يؤكده.

وفي «الصحيحين» عن سلمة بن الأكوع في حديثه الطويل في يوم قرد[1] أنه «كان تَبِيعًا لِطَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ، أَسْقِي فَرَسَهُ، وَأَحُسُّهُ، وَآكُلُ مِنْ طَعَامِهِ،

---

(١) أي: غزوة ذي قرد، انظر: عيون الأثر لابن سيد الناس (٢/ ٦٩).

....

إلى أن قال: فَأَعْطَانِي رَسُولُ اللهِ ﷺ سَهْمَيْنِ؛ سَهْمُ الْفَارِسِ، وَسَهْمُ الرَّاجِلِ؛ فَجَمَعَهُمَا لِي جَمِيعًا»(١).

وفيه دلالة على أنه يسهم للأجير المحتسب بقتاله الأجر.

فإنْ لم يكن محتسبًا؛ فعن يَعْلَى بْنَ مُنْيَةَ، قَالَ: «أَذَنَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِالْغَزْوِ، وَأَنَا شَيْخٌ كَبِيرٌ، لَيْسَ لِي خَادِمٌ؛ فَالْتَمَسْتُ أَجِيرًا يَكْفِينِي، وَأُجْرِي لَهُ سَهْمَهُ، فَوَجَدْتُ رَجُلًا، فَلَمَّا دَنَا الرَّحِيلُ أَتَانِي، فَقَالَ: مَا أَدْرِي مَا السُّهْمَانُ، وَمَا يَبْلُغُ سَهْمِي؛ فَسَمِّ لِي شَيْئًا كَانَ السَّهْمُ أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَسَمَّيْتُ لَهُ ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ؛ فَجِئْتُ النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرْتُ لَهُ أَمْرَهُ، فَقَالَ: **«مَا أَجِدُ لَهُ فِي غَزْوَتِهِ هَذِهِ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ إِلَّا دَنَانِيرَهُ الَّتِي سَمَّى»**(٢).

رواه أبو داود وأخرجه الحاكم في «مستدركه» وقال: على شرط البخاريِّ ومسلم، وأقرَّه شيخنا الذهبي في «تلخيصه» [على ذلك، والله أعلم](٣).

ثانيها: ترجيحه أنه إنما يسهم للأجير إذا قاتل، طريقة القاضي الحسين وأتباعه، ونقلها في «الشرحين» عن الْبَغَوِيِّ والْغَزَالِيِّ: أنه إن لم يقاتل؛ فلا سهم له، وإنْ قاتل؛ فثلاثة أقوال، قال: وأطلق المسعوديُّ وآخرون الأقوال من غير فرق بين أن يقاتل أو لا، وكذلك أطلقها الشَّافِعِيُّ في «المختصر»: أظهرها: له السهم بحضور الوقعة، وتبعه في «الروضة».

وثانيها: المنع؛ لأن منفعته مستحقة للغير كالعبد شهد الوقعة، وعلى القولين يستحق الأجرة بمقتضى الإجارة.

وثالثها: يخيّر بين الأجرة وسهم الغنيمة قبل القتال وبعده، فإن اختار الأجرة؛ فلا سهم له أو السهم فلا.

---

(١) أخرجه مسلم (٤٧٧٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧، رقم ٢٥٢٧)، والحاكم (٢/ ١٢٣، رقم ٢٥٣٠) وقال: صحيح على شرطهما.

(٣) في نسخة: (الآتية إن شاء الله تعالى).

....

وفي محل هذا القول كلام يطول ذكره، وهذه طريقة العراقيين، وصرَّح القاضي أبو الطيب في «المجرد»، والْمَاوَرْدِيُّ وغيرهما: بأنه يسهم له قاتل أم لا؟

نعم، في كلام الْمَاوَرْدِيِّ فوائد ملخصها:

إنْ كانت إجارة عين، فإن لم يتعلق بزمن معين؛ استحق السهم أو بمعين، فَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً لَا يَمكنه فَسْخَها؛ فَفِي اسْتِحْقَاقِهِ لِلسَّهْمِ؛ قَوْلَانِ، إنْ قلنا: يستحقه، وَإِنْ كَانَ حُضُورُ الْوَقْعَةِ يَمْنَعُ مِنْ مَنَافِعِ [إِجَارَتِه كمن يخدم حاضر الوقعة؛ فله الأجرة والسهم؛ فإن كان يمنعه، فإنَ دعاه المستأجر إلى] خدمته فأبى، وغلبه عَلَى مَنَافِعِ نَفْسِهِ، يَرُدُّ مِنَ الْأُجْرَةِ، [مَا قَابَلَ مُدَّةَ حُضُورِهِ، واستحق السهم، وإنْ لم يدعه إلى خدمته؛ ففي استحقاقه الأجرة] وجهان، وإنْ كان يقدر على فسخ الإجارة؛ فثلاثة أقوال: فإن قلنا: يُسْهَمُ لَهُ؛ فَسَوَاءٌ قَاتَلَ أَوْ لا، كَغَيْرِهِ مِنَ الْجَيْشِ، ولو قلنا: لا يُسْهَمُ لَهُ؛ فهو إذا لَمْ يُقَاتِلْ، فإنْ قاتل استحق السهم، وهو ظاهر قول أبي إسحاق، والأصح عندي: لا؛ لِأَنَّ مَنْ لا يَسْتَحِقَّ السَّهْمَ بِالْحُضُورِ؛ لا يَسْتَحِقُّهُ إذا قَاتَلَ، كَأَهْلِ الرَّضْخِ، انتهى.

ثالثها: أطلق نقل الخلاف في التاجر، وليس كذلك، فنقول: قال الأصحاب: إذا حضر الوقعة تاجر أو نحوه، نُظِرَ إنْ كان قصد الجهاد إلا أن معه بضاعة؛ فكسائر المجاهدين، وإنْ كان إنما تبع العسكر للتجارة، والحرفة، والمعاملة ونحوها، لا للغزو، ولكنهم حضروا الوقعة؛ ففي استحقاقهم السهم طرق، المذهب في أصل «الروضة»، فيها: أنهم إنْ قاتلوا استحقوا، وإلا فلا، والذي في «الشرحين»: أن فيهم قولان، وإن أظهر الطرق أن محلها إذا قاتلوا، فإنْ لم يقاتلوا؛ لم يستحقوا، قولًا واحدًا، قال: وهذا ظاهر لفظ «المختصر» وقضية نظم «الوجيز».

والثاني: وبه قال القاضي أبو حامد: إن القولين فيما إذا لم يقاتلوا؛ فإنْ قاتلوا استحقوا، بلا خلاف.

والثالث: وبه قال أبو إسحاق، وابن القطان: طردهما في الحالين، وبهذا أجاب الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، وقال: أصحُّ القولين، إنَّه يسهم للتاجر؛ لتكثيره

وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ، وَلِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ.

سواد المسلمين. هذا ما في «الشرح الكبير»، وفي «الصغير» نحوه، خلا ذكر الترجيح في الطريقين الآخرين، فخرَّج من كلام «الروضة» وأصلها؛ استحقاق الأجير السهم بالحضور فقط، وأن التاجر ونحوه، إنما يستحقه إذا قاتل، وهو بعيدٌ جدًّا، بل التاجر أولى بالاستحقاق؛ [لاشتغاله][١].

ولهذا حكى الإمام قولًا: إنه يستحق السهم دون الأجير، وحكى ابن الرِّفْعَة طريقًا آخر: أنه إنْ قصد التاجر بخروجه الجهاد، وجعل التجارة تبعًا؛ استحق، وإنْ لم يقاتل، وإنْ قصد التجارة؛ فإنْ تخلف في العسكر؛ لم يستحق، وإنْ حضر الوقعة وقاتل؛ استحق، وإنْ لم يقاتل؛ فقولان.

قال القاضي الحسين: وذكر الرَّافِعِي أصل الخلاف في التُّجَّارِ وَالْأُجَرَاءِ أن العزم على القتال، هل هو شرط في استحقاق السهم؟ فيه جوابان.

قلت: وظاهر إطلاق الشَّافِعِي والجمهور: إنه ليس بشرط، والله أعلم، والذي أراه المختار الأقوى أن كلَّ مَنْ حضر الوقعة من الكاملين من الْأُجَرَاءِ، والتُّجَّارِ، والْمُحْتَرِفَةِ؛ يستحق السَّهم قاتل أم لا؟

والنظر إلى المقصود في هذا الباب بالنسبة إلى السَّهم يجرُّ خبطًا، وإنما ينظر إليها في الثَّواب، ووفره ونقصه، ويجيء على النظر إلى القصد؛ أنه لو قصد بخروجه الكسب من الحربيين لا غير، وإثبات شجاعته[٢]، ونحو ذلك من المقاصد، أن يقال: لا يسهم له أو يجيء في ذلك خلافًا، ولم أر مَنْ قاله، ولا جرى عنه تنقيب من الأولين، وإنْ أشعر به ما سبق عن «البسيط» وغيره، والله أعلم.

قال: **(وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ، وَلِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ)** لأنه ﷺ **«قسَّم يَوْمَ خَيْبَرَ لِلْفَرَسِ سَهْمَيْنِ، وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا»**، متفقٌ عليه[٣] ولأبي داود: **«لِرَجُلٍ وَلِفَرَسِهِ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ؛ سَهْمًا لَهُ، وَسَهْمَيْنِ لِفَرَسِهِ»**[٤].

---

(١) في نسخة: (لاستقلاله).
(٢) في نسخة: (أو لبيان شجاعته).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٣٥).

....

والمراد بالفارس هنا مَنْ حضر الوقعة، ونحوه ممن سبق ذكره، وهو من أهل فرض القتال بفرس مهيأ للقتال، يصلح لذلك، قاتل عليه أم لا؛ لعدم الحاجة إليه، حتى لو قاتل على حصار حصن، أو في البحر أسهم لفرسه؛ إذ ربما انتقل إلى البر، فقاتل عليه. كذا نصَّ عليه في «الأم»، وحمله ابن كَجٍّ على ما إذا كانوا بقرب السَّاحل، واحتمل أن يخرج ويركب، فإنْ لم يحتمل الحال الركوب؛ فلا معنى لإعطاء سهم الفرس، وأقراه.

قال ابن الرِّفْعَة: وقريب منه ما أورده الإمام، فيما إذا نزلوا عن الخيل، حيث قال: فإنْ لم يبعدوا عن الخيل أسهم لها، وإنْ بعدوا عنها؛ ففي استحقاق سهامها وجهان، وألحق الْمَاوَرْدِيُّ بنصِّ «الأم»: ما إذا استخلف أمير الجيش قومًا في العسكر لحفظه، أو أفرد كمينًا؛ لِيَظْفَرَ مِنَ الْعَدُوِّ بِفَرِّهِ؛ فيسهم لهم ولأفراسهم.

قال الدارميُّ: إذا كانت دابته مع حافظ فضله فحضر راجلًا، لم يسهم لدابته، وإذا جاء راجلًا، ومعه دابة، فإن أراد تدبيرًا في الحرب أسهم له، وإلا فلا، وإذا حضر بدابة فلم يحتج إليه فقاتل في ماء أو نحوه أسهم له، وإن جاءه غلامه بدابة بغير أمره لم يسهم له إذا لم يحارب عليها، انتهى.

فجرى على نصِّ «الأم»، ولم يوافق ابن كج كعاداته، ويحتمل أن يقال: إن علم قبل الحضور إلى موضع القتال أنه لا يحتاج فيه إلى فرس بحال لم يسهم له، وإن ظن الحاجة إليها فاتفق عدم الحاجة؛ أسهم له لالتزامه مؤنة، وإحضاره للجهاد.

وفي «زوائد الروضة»: ولو كان معه فرس، ولم يركبه، ولم يعلم به، قال ابن كج: لم يسهم له بلا خلاف، قال: وإن علم به، ولم يركبه فلا سهم له، قال: وعندي يسهم له إذا كان يمكنه ركوبه، ولم يحتج إليه، انتهى.

والظاهر أن هذه هي الصورة التي ذكرها الدارمي في إحضاره غلامه فرسًا بغير أمره.

وَلَا يُعْطَى إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ عَرَبِيًّا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، لَا لِبَعِيرٍ وَغَيْرِهِ.

قال: (**وَلَا يُعْطَى إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ**) «لأنه ﷺ لم يعط الزبير إلا لفرس واحد، وقد حضر يوم حنين بأفراس»[١] رواه الشَّافِعِي، وفي قول: يعطى لفرسين فقط، ولعل محله إذا احتيج إليهما لدوام القتال، وعدم الاكتفاء بالفرس الواحد، ويجوز أن يكون هذا مقالة ثالثة متوسطة بين الإطلاقين[٢].

قال: (**عَرَبِيًّا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ**) وغير العربي البرذون، والهجين، والمقرف [فالبرذون]: ما أبواه عجميان، و«الهجين»: ما أبوه عربي دون أمه، و«المقرف» عكسه؛ لأن الكر والفر يقع منها كلها فلا يضر تفاوتها كالرجال، وفي قول: لا يسهم للبرذون، ولفظ نصه في «البويطي»: ولا يسهم لبغل، ولا حمار، ولا بعير، والهجين والبراذين بمنزلة الخيل إذا أجازها الوالي له، وقال في موضع منه بعد قوله: إنه لا يسهم إلا لفرس واحد، وكان يقال: البراذين، والهجين إذا لحقت لحوق الخيل يسهم لها سهم فرس؛ لأن أسهم الخيل تجمعها، ففصَّل في هذين النصين ولم يطلق.

قال: (**لَا لِبَعِيرٍ وَغَيْرِهِ**) أي: كالفيل، والبغل، والحمار، قال في «البيان»: وهو إجماع؛ لأنها لا تصلح للحرب صلاحية الخيل، ولا يتأتى بها الكر والفر، وبهما تحصل النصرة غالبًا، واستأنسوا بقوله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ﴾ [الأنفال: ٦٠] فخصها بالذكر، والفيل يفر من الهِر، نعم نعطي راكب هذه الدوابّ سهمه، ويرضخ لها، ويكون رضخ الفيل أكثر من رضخ البغل، ورضخ البغل أكثر من رضخ الحمار، ولا يبلغ رضخها سهم فرس، هكذا جزما به. وفي «النهاية»: أنه لا يستحق إلا ما يستحقه الراجل وهو قضية كلام كثيرين أو الأكثرين.

فائدة: سبق نقل العمراني الإجماع، وفي نسخه: وهو إجماع من الصحابة، وهو الصواب أنه لا يسهم لغير الخيل، وفي «الشامل» وغيره عن البصري أنه قال: يسهم للإبل؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر: ٦].

---

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٤/ ١٥٢). (٢) انظر «الأم» (٤/ ١٥٢).

وَلَا يُعْطَى لِفَرَسٍ أَعْجَفَ وَمَا لَا غَنَاءَ فِيهِ، وَفِي قَوْلٍ يُعْطَى إِنْ لَمْ يُعْلَمْ نَهْيُ الْأَمِيرِ عَنْ إِحْضَارِهِ.

وقال الدارمي: وقال قوم يسهم لهم، والحمير، والإبل[١].

قال: (**وَلَا يُعْطَى لِفَرَسٍ أَعْجَفَ**) أي: مهزول.

(**وَمَا لَا غَنَاءَ فِيهِ**)؛ لعدم فائدته؛ بل هو كَلٌّ، والغَنَاء بالفتح والمد، ولا يدخل دار الحرب حَطِمًا: وهو الكسير، ولا قَحْمًا: وهو الهَرِم، ولا ضَرَعًا: وهو الضعيف الصغير، ولا أعجف رَازِحًا أي: بيِّن الهُزال.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: يُعْطَى إِنْ لَمْ يُعْلَمْ نَهْيُ الْأَمِيرِ عَنْ إِحْضَارِهِ**) كالشيخ الهرم الضعيف يحضر، وفرق بأنه ينتفع برأيه، ودعائه، وقيل: وإليه ذهب أبو إسحاق إن أمكن القتال عليه أسهم، وإلا فلا، ونزَّل النصين على ذلك، واختاره ابن أبي عصرون، وأجرى القولين، فإن لم ينه الأمير أيضًا، ويتجه جريانهما، وإن أذن، ويشبه أن يفرق بين مَنْ علم نهي الشرع عن ذلك وغيره، وهو أولى بالاعتبار من العلم بنهي الأمير.

إشارات: إذا علم نهي الأمير عن إحضاره لم يسهم له قطعًا، وكذا أقول: إذا علم نهي الشرع عنه، وَيَنْبَغِي أَنْ يَلْحَقَ بِالْأَعْجَفِ الْحَرُونُ الْجَمُوحُ، وَإِنْ كَانَ شَدِيدًا قَوِيًّا؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُرُّ وَلَا يَفِرُّ عِنْدَ الْحَاجَةِ بَلْ يُهْلِكُ رَاكِبَهُ، ويمكن تحميله لقوله: «وَمَا لَا غَنَاءَ فِيه»، وقوله: «لا يعطى لفرس أعجف» إطلاقه يفهم أنه لا فرق بين أن يحضره كذلك، وبين أن يطرأ عجفه بعد إحضاره[٢] وهذا أولى بالاستحقاق.

فروع: يسهم للفرس المملوك والمستأجر والمستعار وهو للمستعير وقيل: للمعير، وسهم المغصوب للغاصب، وقيل: للمالك، وقيل: لا سهم له أصلًا، وهذا في مالك لم يشهد الوقعة؛ فإن شاهدها المسلم الكامل فسهما

---

(١) في نسخة: (يسهم لكل راكب سواء: الخيل والبغال والحمير والإبل).

(٢) في نسخة: (بعد إحضاره وقبل انقضاء الحرب، ولما فيه يحتمل أن يجري فيه خلاف مرتب على موت الفرس بعد إحضاره).

وَالْعَبْدُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ وَالذِّمِّيُّ إذَا حَضَرُوا فَلَهُمْ الرَّضْخُ ....

فرسه له لا للغاصب، ولا لمن وجده ضائعًا، أو عابرًا فجاهد عليه، هكذا أطلق ويجب كونه في فرسه التي يجاهد عليه، ولم يركب سواها ويسهم لها، وكذا لو كانت حبيسة، وهذا يفهمه قولهم: ولا يسهم لفرس واحد، ولو ركب اثنان فرسًا وشهدا الوقعة، فهل له ستة أسهم أم أربعة فقط أم سهمان؛ لأنهما كالراجلين؛ لتعذر الكرِّ والفر، أم إن كان فيه قوة الكر والفر سهمًا فأربعة أسهم وإلا فسهمان؟ أربعة أوجه، قال الدارمي: إذا قاتل رجلان على دابة معاقبةً، فقيل: لا سهم للدابة، وقيل: سهمان لكل واحد سهم مع سهمه، وقيل: لها ستة أسهم كفارسين، انتهى.

وهي أحسن من عبارة «الروضة»، وجنح إلى ترجيح المناصفة بينهما، فقال: لعله أصح، وعبارته حضر اثنان بفرسٍ مشترك بينهما المسألة، والظاهر أن المراد ما إذا كانت بينهما مناصفةً لا كيف كان؟، ويحتمل أن يكون على الرؤوس، ولا نظر إلى النصيب منها قلةً وكثرةً، ويحتمل أن يقال: إنهما إذا تهَايَآ ركوبها فسهمها لمن حصلت الغنيمة، وحيازتها في نوبته دون صاحبه، والله أعلم.

قال: (**وَالْعَبْدُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ وَالذِّمِّيُّ إذَا حَضَرُوا؛ فَلَهُمُ الرَّضْخُ**)[١] صحح ابن حبان، والترمذي، وغيرهما «أنه ﷺ أعطى العبد»[٢].

وقال الأوزاعي: «أسهم رسول الله ﷺ للصبيان والنساء بخيبر»[٣] وأخذ بذلك المسلمون بعده، وكذا رواه البيهقي عن مكحول، وخالد بن معدان مرسلًا، وحمل جمهور العلماء الأسهم هنا على الرضخ إلا هؤلاء الثلاثة.

وفي «صحيح مسلم»: «**أنهن يُحْذَيْنَ مِنَ الْغَنِيمَةِ**»[٤].

وفي «سنن أبي داود»: «أنه كان يرضخ لهن»[٥].

(١) الرَّضْخُ: العَطِّية القَليلة.
(٢) أخرجه الترمذي (١٤٧٨).
(٣) أخرجه البيهقي (٩/ ٥٣).
(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٤٤).
(٥) أخرجه أبو داود (٢٧٢٨).

....

ومنهم من قاس الصبي على المرأة؛ لأنه يكثر السواد، ويعين كالمرأة، وأما الذمي فرواه الشَّافِعِي عن فعله ﷺ أسهم؛ لكنه ضعفه، وفي كتابي الترمذي، وأبي داود وغيره عن الزهري: «أنه ﷺ أسهم لقومٍ من اليهود قاتلوا معه»[١] وهذا إن صح محمول على الرضخ أيضًا.

تنبيهات وتتمات:

منها: هذا الرضخ مستحق، وفي قول: مستحب.

ومنها: يرضخ للمذكورين بإذن السيد والولي، والزوج لهم في الحضور، وينبغي أنه إذا كان نهى الأمير عن إحضار النساء والصبيان خوفًا عليهم فحضروا مع العلم بنهيه؛ ألا يرضخ لهم، وينقدح الفرق بين المرأة المكلفة العالمة بنهيه المختارة الحضور، وبين الصبي، فلا يسقط حقه بمخالفة وليِّه.

ومنها: ألحق الْمَاوَرْدِيُّ المجنون في الرضخ بالصبي، وادَّعى أنه ﷺ رضخ له، وعن «النهاية» أنه لا يرضخ له وفاقًا، وحكى ترددًا للأصحاب في الصبي والمرأة إذا لم يكن فيهما منفعة، قيل: لا يرضخ لهما، وهو ظاهر القياس، وقيل: يرضخ بحضورهما الوقعة، وبه صرح الدارمي، ولفظ الرضخ للصبيان والنساء والعبيد أينتفع بهم أم لا ؟ وإطلاق المصنف وغيره يوافقه؛ ولكن لفظ نص «البويطي»: ولا يسهم لصبي، ولا لامرأة، ولا لعبد إلا أن يكون فيهم منفعة، فيرضخ لهم من خمس الخمس، ولا يبلغ بواحد منهم سهم رجل، انتهى.

وقيد في «البسيط» الصبيان المراهقين، وهو يقتضي الجزم بالوجه الأول في كلام إمامه، ولا معنى للرضخ للرضيع، والفطيم ونحوهما، ويخرج ما ذكره الإمام من التردد في المجنون أيضًا، ولعل موضع الوفاق الذي ذكره فيما إذا لم يكن له تمييز، أما لو كان فقد يكون أجرأ وأشد قتالًا من كثير من العقلاء.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٥٣)، والترمذي (٦/ ٢٤٣).

وَهُوَ دُونَ سَهْمٍ يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي قَدْرِهِ. وَمَحِلُّهُ الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ فِي الْأَظْهَرِ.

ومنها: الذمية في الرضخ كالذمي، وقيل: لا يرضخ لها؛ لأنه لا قتال فيها، ولا بركة لحضورها بخلاف المسلمات فإنه يتبرك بدعائهن إذا حضرن.

واعلم أن ظاهره عبارة الشيخين، أن غير الذمي من الكفار الحاضرين بإذن الإمام لا يرضخ لهم، وفيه نظر، وعبارة «التنبيه» وغيره: الكافر، وعبارة آخرين: المشرك، والظاهر أن الذمي، والمعاهد، والمستأمن، والحربي إذا حضروا بإذن الإمام حيث يجوز له الاستعانة بهم استحقوا الرضخ كالذمي سواء، وقال الدارمي: والكافر إن لم ينتفع به، قال الشَّافِعِي: يرضخ له، قال المروزي: لا يرضخ سهم إلا لمن قاتل على حسب قتاله، انتهى.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وَيُفَاوِتُ بَيْنَ أَهْلِهِ بِحَسَبِ نَفْعِهِمْ فَيُرَجَّحُ الْمُقَاتِلُ وَمَنْ قِتَالُهُ أَكْثَرُ عَلَى غَيْرِهِ، وَالْفَارِسُ عَلَى الرَّاجِلِ، ومداوية الجرحى على غيرهم، ويرضخ للأعمى، والزمن، ومقطوع الأربعة، ولا سهم لهم، وقيل: قولان، وقال الدارمي: إذا قاتل مَنْ يرضخ له راكبًا لم يبلغ بالرضخ له سهم راجل، ولا يرضخ لفرسه، وعندي يرضخ لفرسه، ويرضخ له، ولا يبلغ السهم، ويجوز أن يجتمع من الرضخين سهم راجل، انتهى.

وحيث لا يسهم للأجير والتاجر والمحترف يرضخ لهم على نزاع فيه.

قال: **(وهُوَ: دُونَ سَهْمٍ)** أي: سهم راجل.

(يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي قَدْرِهِ) لأنه لم يرد فيه توقيف في قدره فرجع إلى رأي الإمام، وإنما لا يبلغ به سهم راجل إذا كان المرضوخ له راجلًا، فإن كان فارسًا فوجهان: أحدهما: لا فرق، وبه أجاب الْمَاوَرْدِيُّ هنا، وصححه في «السير» وقضية كلام الدارمي السابق أنه المنقول، وهو الأصح.

قال: **(وَمَحِلُّهُ: الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ فِي الْأَظْهَرِ)** لأنه سهم من الغنيمة مستحق بحضور الوقعة إلا أنه ناقص، والثاني: أنه من أصل الغنيمة كالمؤن، والثالث: من خمس الخمس سهم المصالح؛ لأنهم ليسوا من أهل الأربعة الأخماس، ولا على صفة الغانمين؛ فليعطوا من المصالح، والأصح طرد

قُلْتُ: إِنَّمَا يَرْضَخُ لِذِمِّيٍّ حَضَرَ بَلَا أُجْرَةٍ، وَبِإِذْنِ الْإِمَامِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالله أَعْلَمُ].

الأقوال في كل من يستحق الرضخ، وقيل: هي في المسلم، أما الذمي في خمس الخمس قطعًا؛ لأنهم يعطون بالمصلحة، وغيرهم بحضور الوقعة، وقيل: الثالث مخصوص بالذمي.

قلت: ورأيت في كتاب «الودائع» لأبي العباس ابن سُرَيْج أن اليهود والعبيد والمرضى والضعفاء إذا حضروا العسكر يرضخ لهم، ولا يبلغ بهم سهم، والذي يعطون منه يكون من الغنيمة، ويرضى المسلمون به، فإن لم يكن ذلك عن رضا المسلمين فمن خمس الخمس، انتهى.

واشتراط الرضا حسن غريب، ولعله من تفريع القول باستحباب الرضخ، وقد يكثر أهل الرضخ وتقل الغنيمة فيؤدي الرضخ منها إلى الإضرار بالمجاهدين إذا لم يكن برضاهم، وقد يتخيل الفرق بين المجاهدين المحصورين لقلتهم، وبين الجيش العظيم وإن انحصروا.

قال: (قُلْتُ: إِنَّمَا يَرْضَخُ لِذِمِّيٍّ حَضَرَ بَلَا أُجْرَةٍ، وَبِإِذْنِ الْإِمَامِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالله أَعْلَمُ) أي: فإن حضر بأجرة فهي له فقط.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر نبأ ذلك على الخلاف في الأجير المسلم فإن قلنا: يسهم له رضخ له، وإلا فلا.

تنبيهات: سبق أنهما قصرا الكلام على الذمي[1] والظاهر أنه ليس بعيد يؤيده قول أبي الطيب في «مجرده» وينظر في المشرك، والذمي، فإن حضر القتال بغير إذن المسلمين لم يستحق الرضخ، وعزره الإمام إن رأى ذلك، انتهى.

ولعله سقط لفظ أمير بين «إذن، والمسلمين» على ناقل، وأما إذن الآحاد في ذلك فلا، وفي «سير الحاوي» أنهم إن قاتلوا رضخ لهم، وإلا فلا، وسبق قول الدارمي، قال الشَّافِعِي: والكافر إن لم ينتفع به؛ قال الشَّافِعِي: يرضخ

---

(١) في نسخة: (على المنفعة).

....

له، وقال المروزي- يعني أبا إسحاق -: لا يرضخ منهم إلا لمن قاتل، انتهى.

وددت لو قيل: إن حضر قتال عن أهل ملته رضخ له أو قتالهم فلا؛ للتهمة، والحاصل فيما إذا حضر الكافر بالإذن بلا أجرة أوجه: أصحها: ما ذكره، وثانيها: إن قاتل استحق، وإلا فلا، وفي الحاضر بلا إذن أوجه:

أصحها: ما ذكره، وثانيهما: يستحق وينبغي تقييده بما إذا لم يظهر منه خيانة، وثالثها: إن قاتل استحق، وإلا فلا، ويجب الجزم بأنه إذا نهاه فحضر لم يستحق شيئًا بلا خلاف.

فرع: إذا زال نقصان أهل الرضخ قبل انقضاء الحرب بإسلام، أو بلوغ، أو إفاقة، أو عتق، أو وضوح ذكورة مشكل أسهم لهم أو بعد تقضيها، فقد أطلق الْمَاوَرْدِيُّ أنه ليس لهم إلا الرضخ، قال الرَّافِعِي: وينبغي أن يجري في الزوال بعد انقضاء الحرب، وقبل حيازة المال الخلاف فيمن حضر هذا الوقت، انتهى.

وينبغي أن يفرق بين ما حيز قبل كمالهم، وما حيز بعده كما قُبل مثله في القادم، وينبغي أن الخنثى يستحق السهم قطعًا إن بانت رجولته بعلامة قطعية، أو ظنية، وإن بانت بقوله ففيه احتمال، ويجري خلاف سبقت الإشارة إليه، ويأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى.

فرع: لو قال الحاضر الحر المحتمل البلوغ، وعدمه: كنت حال القتال بالغًا؛ فإن حلف استحق، وإلا فلا، وقيل: يصدق بلا يمين، ذكروه في كتاب «الأقضية»، وينبغي جريان الوجهين في دعوى الإسلام، والعتق، وغيرهما إذا صدقه السيد، ومحتمل أن يفرق.

فرع: جزما بأن الخنثى يرضخ له، ولم يتعرضا لوقف شيء، ويوافقه قول الْبَنْدَنِيجِي: إنه لو بان رجلًا أسهم له من حين بانت رجولته، وقال الدارمي: إن قلنا: الرضخ من أربعة أخماسها أعطي رضخ امرأة ووقف له كمال نصيب رجل، ثم ذكر في موضع آخر فيه كلامًا طويلًا إلى أن قال: فجعل خمسة أوجه

....

من الأقوال، من أين يكون الرضخ؟ وفي الموضع سقم من النسخة لم يتحرز في نقلها، ولا ضرورة إليها.

فرع: إذا أراد الحضور مُخْذِل، أَوْ مُرْجِف، أو مَن يعاون المشركين بمكاتبة، أو حمل أخبارنا إليهم؛ منع، فإن حضر ولم يكن قد منع فلا سهم له، ولا رضخ، قال الشيخ: قطع الجمهور بأن المُخْذِل لا يرضخ له، وقال الجرجاني في «التحرير»: إن حضر بإذن الإمام رضخ له، ونقل الرَّافِعِي في «السير» وجهين: أحدهما: يرضخ له، والثاني: أنه إنما يحرم إذا نهاه الإمام فلم ينته، أما إذا لم ينهه فيسهم له، والمذهب الأول، وكنت أود لو قيل: إن الجبان المفرط يمنع الحضور، وإن لم يعلم منه تخذيل، ولا إرجاف؛ لأنه بطبعه أول مولٍّ فيقتدي به مقتدون، فيؤدي ذلك إلى وهن الجيش وطمع العدو، وبالله التوفيق.

كِتَابُ قَسْمِ الْصَّدَقَاتِ

قال المصنف: [الْفَقِيرُ مَنْ لَا مَالَ لَهُ وَلَا كَسْبَ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ حَاجَتِهِ، ....

قال الشارح: الصدقات تطلق على الواجبة والتطوع، والمراد هنا الأولى، والتطوع يأتي في فصل مفرد، وجمع الصدقات؛ لاختلاف أنواعها من ماشية، وحَبٍّ، وثمر، ونقد، وغيرها، ويسمى الكل صدقة، وزكاة، والأصل في الباب الكتاب، والسنة، والإجماع.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠] والسنن طَافِحَةٌ بِذَلِكَ قولًا، وفعلًا.

قال: (**الْفَقِيرُ: مَنْ لَا مَالَ لَهُ وَلَا كَسْبَ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ حَاجَتِهِ**) هكذا نص عليه الشَّافِعِي رضي الله عنه.

قال أصحابنا: والمعتبر: في قولنا: «يقع موقعًا من كفايته» المطعم، والملبس، والمسكن، وسائر ما لا بدَّ منه على ما يليق بحاله لنفسه، ولمن في نفقته من غير إسراف، ولا تقصير[1]، واختلاف عبارتهم في مقدار ما لا يقع موقعًا من كفايته فمثله المحاملي: بأن يحتاج إلى عشرة، ولا يجد إلا درهمين، أو ثلاثة، قال القاضي الحسين: أو أربعة، وهو ضعيف، وكأنه قاله على ما اختاره من أن الفقير أمثل حالًا من المسكين كما سيأتي؛ لأن ذلك يقع موقعًا، ومثل الْبَنْدَنِيجِي، وسليم، وغيرهما بأن يجد من العشرة درهمين.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن عدم أكثر العشرة كان فقيرًا، أو أقلها كان مسكينًا.

وقال في «الإقناع»: الفقراء: هم الذين لا شيء لهم، انتهى.

وهذا ما يأتي عن«الأم».

وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: يكون كفايته خمسة، وكسبه نصف

---

(١) في نسخة: (إسراف ولا تقتير).

وَلَا يَمْنَعُ الْفَقْرَ مَسْكَنُهُ وَثِيَابُهُ ....

درهم، وقال الجرجاني: هو من لا يملك[١] بضاعةً، ولا عقارًا وينقص دخله عن كفايته، أو يكون صانعًا ينقصه كسبه عن كفايته، ومنه قول الجويني في «مختصره»: هو الذي لا يفي دخله بخرجه، أو لا دخل له، وتابعه الْغَزَالِيُّ في «الخلاصة» وهي أبعد العبارات.

وقال الْغَزَالِيُّ في «الإحياء»: الفقير من ليس له مال، ولا قدرة على الكسب؛ فإن كان معه قوت يوم، وكسوة حاله فليس بفقر، وإن كان له نصف قوت يومه، فهو فقير، وإن كان معه قوت وقميص، وليس معه منديل، ولا خف، ولا سراويل، ولم تكن قيمة القميص بحيث تفي جميع ذلك كما يليق بالفقراء فهو فقير، انتهى.

وقال الإمام: شرطه ألا يكون مكتسبًا؛ فإن كان مكتسبًا كسبًا يرد بعض قوته فليس فقيرًا، وتبعه الْغَزَالِيُّ وغيره، وقال صاحب «التعجيز» في شرحه: الفقير من لا يملك شيئًا، ولا يطيق كسب مثله.

وقال الإمام: لا يطيق كسبًا أصلًا كما في الملك انتهى، ويخرج مما ذكرناه وجوه.

قال: **(وَلَا يَمْنَعُ الْفَقْرَ مَسْكَنُهُ)** أي: اللائق به.

(وَثِيَابُهُ) أي: ملبوسه اللائق به، وكذلك ثوبه الذي يلبسه متجملًا به، وما سبق عن «الإحياء» قد ينازع فيه.

قال الرَّافِعِي: ولم يتعرضوا لعبده الذي يحتاج إليه لخدمته، وهو في سائر الأصول ملحق بالمسكن، قال الشيخ: صرح ابن كج بأنه كالمسكن، وهو متعين.

قلت: ينازعه قول الإمام: الفقير هو الذي لا يملك لبدًا، ولا تليدًا، ولا طارفًا ولا حُلة.

قال الْغَزَالِي: الفقير من لا يملك شيئًا أصلًا، ويدفع قول الرَّافِعِي: إنه

---

(١) في نسخة: (يملك شيئًا، أو يملك بضاعة).

وَمَالُهُ الْغَائِبُ فِي مَرْحَلَتَيْنِ، وَالْمُؤَجَّلُ ....

ليس معمولًا بظاهره؛ بل المعنى فيه ما ذكرناه من قول الإمام: إن المسكن، والخادم لا يمنع من استحقاقه من سهم المسكنة، وأما الفقير فلا يحمل حاله شيئًا من ذلك، لا ملك المسكن، ولا ملك العبد، وذكر ابن الرِّفْعَة في كلامه على ما يعطاه الفقير، والمسكين: أنه لو كان الواحد منهم لا يستقل بنفسه ما لم يخدم، قال الشيخ أبو محمد: إنه لا يجب عليه إذا لم يكن نفيسًا.

وقال الإمام: إنه ظاهر في خادم يحتاجه؛ لضعف بدنه أو بصره، لا لكونه مخدومًا لمروءته ومرتبته، بحيث لو خدم نفسه لانخرقت مروءته، ففيه بعض النظر، انتهى.

قلت: بل فيه نظر مما يذكره في قدرته على الكسب.

قال: **(وَمَالُهُ الْغَائِبُ فِي مَرْحَلَتَيْنِ، وَالْمُؤَجَّلُ)** هكذا ذكره الْبَغَوِي في «فتاويه» في موضعين منها.

قال الرَّافِعِي: وقد يتردد الناظر في اشتراط مسافة القصر، وما قاله في المال الغائب في «تعليق» شيخه القاضي الحسين مخرج من نص الشَّافِعِي رضي الله عنه أن من ماله غائب يدفع إليه من سهم ابن السبيل إلى أن يصل إليه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «البحر» عن أبي إسحاق أن هذا يعطى من سهم ابن السبيل، ولا يعطى من سهم الفقراء، وهو ما أفهمه كلام الْبَنْدَنِيجِي، قال: وما حكيناه عن نصه في «الجديد» يخرج من ماله غائب عن أسهم الفقراء، وكذا مَنْ له دين مؤجل، إن قلنا: الدين مملوك، وهو المذهب، وإذا كان كذلك فلا ينبغي أن يصرف إليهما من سهم الفقراء، ولم أره لأحد من الأصحاب، انتهى.

واعلم أني لم أر مَنْ صرح بأن صاحب المال الغائب يعطى من سهم الفقراء إلا الْبَغَوِي، ومَنْ تبعه؛ بل قيل: يعطى من الزكاة إلى أن يصل إلى ماله، والظاهر أن المراد سهم ابن السبيل كما قاله أبو إسحاق وغيره، ونص عليه، ورأيت في «فتاوى الْقَفَّالِ» أنه لو كان ماله غائبًا عنه، ولا يجد من يقرضه؛ فله الأخذ من سهم الفقراء، انتهى.

وَكَسْبٌ لَا يَلِيقُ بِهِ.

فقيَّد ولم يطلق ورأيت في كتاب «البويطي» عن النص، وخمس الخمس لابن السبيل، وهم المجتازون من بلد إلى بلد ممن لا يكون معه ما يتحمل به، ويدخل فيهم الغني في بلده، والمجهول في الموضع الذي قطع به لا يجد من يسلفه ولا يعرفه، فإن وجد من يسلفه أو يعرفه فليس منهم، انتهى.

وقياسه أنه لو كان له وقف ينظر عليه أو رزق من بيت المال، ونحو ذلك لا يعطى عند إمكان الإقراض، وهو الصحيح، وما قاله الْبَغَوِي ضعيفٌ نقلًا ودليلًا، أما النقل فقد ذكرناه، وأما الدليل؛ فلأنه غني شرعًا وعرفًا، فكيف يعطى من سهم الفقراء ويصدق عليه اسم الفقر؟! والله أعلم.

فإن قلت: قد لا يمكنه التوصل إلى ماله، ولا يجد من يقرضه، ولا يجد كسبًا، ولا سبيل إلى إعطائه من سهم ابن السبيل مع إقامته بوطنه، ولا إلى تركه يهلك، فكيف الحال!

قلتُ: هذا موضع تأمل يجوز أن يقال: يقرضه الإمام من بيت المال كما قيل بمثله في نفقة اللقيط، أو ينفق عليه منه مجانًا، وأما الإعطاء باسم الفقير فبعيد، والعلم عند الله تعالى.

قال: (**وَكَسْبٌ لَا يَلِيقُ بِهِ**) أي: بحاكم ومروءته، أما الكسب مطلقًا؛ لأنه إذا اكتسب أذهب مروءته كأولاد الدهاقنة، وذوي المراتب كما قاله القاضي الحسين. قال: والأفضل له الاكتساب، وأما كونه ما يليق به، واللائق به يمنع؛ لأن القدرة بالكسب المباح اللائق بمثابة المال في حصول الكفاية، وأطلق كثيرون أو الأكثرون اشتراط العجز عن الكسب، وهو محمول على اللائق، وأفتى الْغَزَالِيُّ بأن أرباب البيوتات الذين لم تجر عادتهم بالكسب الدني كترزي وغيره كالوراقة، والخياطة ونحوها إنما لا يفعلها ذوي المراتب؛ لأنهم لا يتعاطون الكسب، وإن أسرف وتركه ضرب من الترفع والاستغناء عنه بالغنى، فأما عند الحاجة إليه والقدرة عليه فتركه ضرب من الحماقة، ورعونات النفوس فلا وجه للترفع عنه، وأخذ أوساخ الناس؛ بل أخذها أذهبُ للمروءة من التكسب بالنسخ والخياطة ونحوهما في منزله، وإطلاق الأحاديث بمنع

وَلَوْ اشْتَغَلَ بِعِلْمٍ وَالْكَسْبُ يَمْنَعُهُ فَفَقِيرٌ. وَلَوْ اشْتَغَلَ بِالنَّوَافِلِ فَلَا.

الكسب محمول على ما ذكرته إن لم يجر على إطلاقها، وقد أطلق في «البسيط» بأن الكسب بالوراقة وهي النسخ إذا كان لا يمنع للنفقة من تفقهه، لم يجز الصرف إليه. قال: **(وَلَوْ اشْتَغَلَ بِعِلْمٍ)** أي: شرعي.

(وَالْكَسْبُ يَمْنَعُهُ فَفَقِيرٌ)؛ لأن تحصله من فروض الكفايات الدينية، هذا هو المشهور، وحكى الدارمي أوجه ثالثها: إن كان يرجى تفقهه، ونفع المسلمين به استحق، وإلا فلا، وهذا أقوى، ويظهر أن موضع الخلاف فيما هو كفاية لا فرض عين، وأطلق العبادي في «الزيادات» أنه لو كان له كتب علم، وهو عالم جاز دفع سهم الفقراء إليه، انتهى.

وفي «الإحياء»[1] أنه لو كان له كتب فقه لم يخرجه عن أسهم المسكنة.

قال المصنف: والفقير ليس كما قال؛ بل مراده قصر ذلك على المسلمين خاصةً، وكلامه السابق دال على ذلك، وكذا كلام «الإحياء».

قال: **(وَلَوْ اشْتَغَلَ بِالنَّوَافِلِ فَلَا)** لأن نفعها قاصر عليه، بخلاف تحصيل العلم، قاله القاضي الحسين، وتبعه الإمام، والْغَزَالِيُّ، والْبَغَوِي، والرَّافِعِي.

وادّعى المصنف في «شرح المهذب» الاتفاق عليه، وليس كذلك ففي «فتاوى» الْقَفَّالِ أن المستغرق للوقت بالعبادة، والصلاة آناء الليل والنهار تحل له الزكاة كالمشتغل بالفقه، وإن كان قويًا، أما غيره فلا، وإن كان صوفيًا، انتهى.

ورأيت في «فتاوى» الإمام جمال الإسلام ابن البرزي أنه لو نذر صوم

---

(١) قَالَ الحجة الْغَزَالِيُّ فِي «الْإِحْيَاءِ»: لَوْ كَانَ لَهُ كُتُبُ فِقْهٍ لَمْ تُخْرِجْهُ عَنْ الْمَسْكَنَةِ وَلَا تَلْزَمُهُ زَكَاةُ الْفِطْرِ كَأَثَاثِ الْبَيْتِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إلَيْهَا وَالْكِتَابُ يُطْلَبُ إمَّا لِلتَّفَرُّجِ بِالْمُطَالَعَةِ كَكُتُبِ الشِّعْرِ وَالتَّوَارِيخِ وَنَحْوِهِمَا مِمَّا لَا يَنْفَعُ فِي الدَّارَيْنِ فَهَذَا يَمْنَعُ الْمَسْكَنَةَ، وَإِمَّا لِلتَّعْلِيمِ لِلتَّكَسُّبِ كَالْمُؤَدِّبِ وَالْمُدَرِّسِ بِأُجْرَةٍ أَوْ لِلْقِيَامِ بِفَرْضٍ فَلَا يَمْنَعُ الْمَسْكَنَةَ، وَإِمَّا لِلِاسْتِفَادَةِ كَطِبٍّ يُعَالِجُ بِهِ نَفْسَهُ، أَوْ وَعْظٍ يَتَّعِظُ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِالْبَلَدِ طَبِيبٌ وَوَاعِظٌ فَكَذَلِكَ وَإِلَّا فَمُسْتَغْنٍ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مِنْ كِتَابٍ نُسْخَتَانِ فَهُوَ مُسْتَغْنٍ عَنْ إحْدَاهُمَا فَإِنْ كَانَتْ إحْدَاهُمَا أَصَحُّ وَالْأُخْرَى أَحْسَنُ؛ بَاعَ الْأَحْسَنَ، وَإِنْ كَانَتَا مِنْ عِلْمٍ وَإِحْدَاهُمَا وَجِيزَةٌ فَإِنْ كَانَ مَقْصُودُهُ الِاسْتِفَادَةَ فَلْيَكْتَفِ بِالْبَسِيطَةِ أَوْ التَّدْرِيسِ احْتَاجَ إلَيْهِمَا. «شرح البهجة الوردية» (١٤/ ٧٢).

وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الزَّمَانَةُ وَلَا التَّعَفُّفُ عَنْ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الْجَدِيدِ.

وَالْمَكْفِيُّ بِنَفَقَةِ قَرِيبٍ أَوْ زَوْجٍ لَيْسَ فَقِيرًا فِي الْأَصَحِّ.

الدهر، وكان لا يمكنه أن يكسب مع الصوم كفايته، أن له أخذ الزكاة، وأنه لو كان يكتسب كفايته من مطعم، وملبس؛ ولكنه يحتاج إلى النكاح فله أخذها لينكح بها؛ لأنه من تمام كفايته، انتهى.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ**) أي: في الفقير.

(**الزَّمَانَةُ وَلَا التَّعَفُّفُ عَنْ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الْجَدِيدِ**) «لأنه ﷺ أعطى من سأل الصدقة، ولم يكن زمنًا»[1] ولوجود الحاجة أيضًا، و«القديم» الاشتراط؛ لأنه إذا لم يكن زمنًا تمكن من نوع اكتساب، وإذا سُئل أُعطي فيكون مسكينًا لا فقيرًا.

واعلم أن طريقة القولين ضعيفة عندهما، وكذلك قال في «شرح المهذب»: الذي قطع به المفسرون من العراقيين وغيرهم أنه لا يشترط، وأوَّلوا «القديم»، وقيل: قولان: وحُكي في «البحر» طريقة ثالثة أنه هل يشترط التعفف عن السؤال؟ قولان، فإن اشترط ففي اشتراطه الزمانة قولان، قال الإمام: فإن شرطت ففي اشتراط العمى وجهان، وهذا شاذ.

قال: (**وَالْمَكْفِيُّ بِنَفَقَةِ قَرِيبٍ أَوْ زَوْجٍ لَيْسَ فَقِيرًا**) أي: ولا مسكينًا.

(**فِي الْأَصَحِّ**) أي: فلا يعطيان من سهم الفقراء، ولا من سهم المساكين؛ لاستغنائهما بما يستحقانه، والثاني: نعم؛ لاحتياجهما إلى غيرهما، والخلاف في القريب إذا أعطاه غير قريبه المنفق من سهم الفقراء أو المساكين، ويجوز أن يعطيه من غيرهما قطعًا، وأما المنفق وليس له إعطاؤه؛ لأجل نفسه من سهم الفقراء أو المساكين قطعًا، وله إعطاؤه من غيرهما بشرطه إلا أنه لا يعطي ابن السبيل إلا ما رد بسبب السفر، وأما الزوجة الحرة فالوجهان جاريان في إعطاء الزوج وغيره؛ لأنه لا يدفع به نفعها عن نفسه بخلاف قريبه فإن منعنا كانت ناشزًا لم تعط على الأصح؛ لقدرتها على النفقة بالطاعة.

---

(١) أخرجه مسلم (١٠٥٧).

وَالْمِسْكِينُ: مَنْ قَدَرَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَسْبٍ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ كِفَايَتِهِ وَلَا يَكْفِيه.

وفي «الحاوي» أنها لو سافرت وحدها بغير إذنه لا نفقة لها لنشوزها، ويجوز أن يعطيها من سهم الفقراء، والمساكين بخلاف المقيمة الناشزة، والفرق أن المقيمة قادرة على النفقة بالمطاوعة عاجلًا، قال: ولا يجوز أن يعطيها من سهم ابن السبيل؛ لأنه سفر يقضيه.

قلت: والوجه أيضًا أن إعطاءه لها من سهم الفقراء والمسكنة إذا كان ذلك عونًا لها على السفر؛ لأنه إعانة على المعصية أيضًا، وللزوج إعطاء الزوجة من سهم المكاتب والغارم، وكذا المؤلفة على الأصح.

فروع: لو كانت الزوجة لا تكتفي بما تأخذه من نفقتها بأن كان لها مَن يلزمها نفقته أي: من رقيق أو كانت مريضة، وقلنا: لا يلزمه مداواتها، أو كانت كثيرة الأكل لا يكفيها ما يجب لها، قال الْقَفَّالُ: فلها أخذ الزكاة، قال الإمام: ويكون من سهم المساكين.

قلت: يشبه أن يقال: إن كان ما يجب لها يقع موقعًا من كفايتها، ونحوها مما ذكر فالأمر كما قاله الإمام، وإلا فتعطى من سهم الفقراء، أو يوفي رب المال، ثم صرف الإمام زكاته، قال القاضي الحسين: لا يجوز أن يعطي قريبه الذي كان يلزمه نفقته من سهم الفقراء، قال الرُّويَانِيّ: ويحتمل أن يجوز؛ لزوال سبب استحقاق النفقة، وقال الْقَفَّالُ: يجوز صرفها على زوجته بعد موته، وما أبداه الرُّويَانِيّ هو ما يفهمه كلام الكتاب وغيره، ويجوز للمرأة إعْطَاءُ زَوْجِهَا الْحُرِّ مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ إذَا كَانَ كَذَلِكَ، بَلْ يُسَن، قال الْمَاوَرْدِيُّ: يستحب، وقيل: لا يجوز، ذكره القاضي الحسين؛ لأنها تأخذه منه في نفقتها، وصار طريقًا إلى ذلك، وليس بشيء الحامل المبتوتة المنفق عليها كالتي في العصمة، سواء قلنا: النفقة لها أم للحمل لم أر فيه شيئًا.

وقلت في «الغنية» تفقهًا: الظاهر نعم.

قال: (**وَالْمِسْكِينُ: مَنْ قَدَرَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَسْبٍ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ كِفَايَتِهِ**) أي: وكفاية مَنْ تلزمه نفقته. (**وَلَا يَكْفِيهِ**) أي: أن يحتاج إلى عشرة وعنده سبعة أو

....

ثمانية، والمعتبر في كل ذلك ما يليق بالحال بلا إسراف ولا تقتير، وسواء كان المملوك نصابًا أو أقل أو أكثر.

وقال الْغَزَالِيُّ في «الإحياء»: المسكين: هو الذي لا يفي دخله مخرجه بعد تملك ألف درهم، وهو مسكين، وقد لا يملك إلا فأسًا، وحبلًا، وهو غني.

وذكر في «البسيط» كعبارة «المنهاج» ثم قال: ويدخل فيه كل من له كسب ودخل لا يفي دخله مخرجه، قال في «الإحياء»: والدُّوَيْرَة التي يسكنها، والثوب الذي يستره على قدر حاله لا يسلبه اسم المسكنة، وكذا أثاث البيت مما يحتاج إليه ويليق به، وكذا كتب الفقيه لا تخرجه عن المسكنة، وبسط القول في بيان حكم الكتب، وفصَّل تفصيلًا طويلًا، فراجعه، وقد لخصه في «الروضة»، وخالفه في بعضه.

تنبيهات وفروع:

الظاهر أن من ارتفع حاله عما ذكر في الفقير على اختلاف العبارات السابقة يلتحق بالمسكين عند بعض قائليها لا يعتبر في المسكين السؤال على المذهب لو كان له عقار ينقص دخله عن تمام كفايته أُعطي بما فيها، ولا يكلف بيعها هكذا أطلق، ويحتمل أن يقال: لو كان نفيسًا، ودخله قليل، ولو استبدل به غيره لكفاه دخله أنه لا يعطى مع تمكنه من ذلك بخلاف ما لو كان تاجرًا، ولو باعه، واتجر في ثمنه لكفاه ربحه؛ لأنه لا يوثق به، وفيه تعريض؛ لذهابه جملةً لو لم يجد الكسوب من يستكسبه حلت له الزكاة، أو وجده وماله حرام كما قاله الْبَغَوِي، أو مرض يومًا مثلًا، كما قاله القاضي الحسين.

قال الرَّافِعِي: لو كان عليه دين فيمكن أن يقال: القدر الذي يؤدي به الدين لا عبرة به كما في نفقة القريب، وكذا في الفطرة.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي» أنه لا يعطى من سهم الفقراء حتى يصرف ما عنده إلى الدين.

قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: وما قاله الْبَغَوِي هو الحق، وقد نصَّ عليه

وَالْعَامِلُ سَاعٍ وَكَاتِبٌ وَقَاسِمٌ وَحَاشِرٌ يَجْمَعُ ذَوِي الْأَمْوَالِ، لَا الْقَاضِي وَالْوَالِي.

في «الأم» بناءً على أن الدين لا يمنع وجوب الزكاة، انتهى.

قيل: وكلام الرَّافِعِي هذا يقتضي أن صفة القريب لا تجب والحالة هذه، وهذا يشبه أن يكون غلطًا صدر عن سهوٍ، ولا نعلم خلافًا فيه، وهو والأصحاب قد ذكروا في التفليس وجوب نفقة القريب مع الديون، فكيف يقول هنا ذلك! وإنما عرض له ذلك في ذهنه أن نفقة القريب إنما تجب على مُوسر، وإن المديون غير موسر ونسي ما سبق في التفليس، انتهى.

يضمن كلام المصنف أن الفقير أشد حالًا من المسكين، وهو المذهب، وعكس أبو إسحاق، والقاضي الحسين ذلك، ولعل اختلاف العبارات السابقة في ضبط الفقير أو بعضها تولد من هذا الخلاف، ولا يظهر له فائدة فقهية هنا، ويظهر فيما لو أوصى أو وقف أو نذر للفقراء دون المساكين أو بالعكس، وفيما إذا حضر أحد الصنفين بزيادة، ومن الفوائد ألا يجوز في الوقف، والوصية حرمان الصنف المذكور بخلاف الآخر.

قال: **(وَالْعَامِلُ: سَاعٍ، وَكَاتِبٌ، وَقَاسِمٌ، وَحَاشِرٌ: يَجْمَعُ ذَوِي الْأَمْوَالِ)** أي: وحاسب وحافظ وعريف، ومن يجمع ذوي السهمين، فالحاشر اثنان من ذكره، وهذا، وكذا من يجبي ونحوهم، فإن احتيج إلى عدد زيد فبقدر الحاجة، هذا فيمن نصبه الإمام ليأخذ العمالة من الصدقات، أما لو استأجره من بيت المال وجعل له جعلًا منه فلا حق له في الصدقات، قاله الْبَنْدَنِيجِي والْمُتَوَلِّي وغيرهما.

وقال الإمام: الظاهر جوازه، ولا يعدم الطالب من فحوى كلام الأصحاب ما يدل على أن حرمان العامل من الصدقة بالكلية لا يجوز.

قال: **(لَا الْقَاضِي وَالْوَالِي)** أي: والي الإقليم والناحية إذا قاموا بذلك؛ بل إذا لم يتطوعوا فرزقهم من [خمس الخمس المرصد للمصالح؛ لأن عملهم عام كالإمام إذا قام بذلك، قال القاضي أبو الطيب] في «المجرد» بعد ذكره أن الإمام أو عامل إقليم: إذا ولي أحدهما بنفسه لم يجز له أخذ السهم منها،

وَالْمُؤَلَّفَةُ مَنْ أَسْلَمَ وَنِيَّتُهُ ضَعِيفَةٌ أَوْ لَهُ شَرَفٌ يُتَوَقَّعُ بِإِعْطَائِهِ إِسْلَامُ غَيْرِهِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمْ يُعْطَوْنَ مِنْ الزَّكَاةِ.

وسمعت أبا الحسن الماسرجسي ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى ـ يقول: وكذلك القضاة إذا أخذوا أجورهم – يعني: أرزاقهم- لم يكن لهم أن يدخلوا أيديهم مع كل متولٍّ في كل وقف ووصية، انتهى.

وهو يفهم أنهم لو لم يأخذوا رزقًا على الحكم؛ لتعذره جاز أن يعطوه من سهم العاملين قدر أجرة عملهم في الزكاة.

قال ابن الرِّفْعَة: والأشبه تخريجه على الخلاف في صرف سهم الغزاة إلى المرتزقة عند عدم الفيء إذا نهضوا للقتال، انتهى.

قال: (**وَالْمُؤَلَّفَةُ: مَنْ أَسْلَمَ وَنِيَّتُهُ ضَعِيفَةٌ، أَوْ لَهُ شَرَفٌ**) أي: ونيته في الإسلام حسنة؛ ولكن: (**يُتَوَقَّعُ بِإِعْطَائِهِ إِسْلَامُ غَيْرِهِ، وَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُمْ يُعْطَوْنَ مِنْ الزَّكَاةِ**) لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠]

واعلم أن هنا أبحاث:

منها: أنا على القول بالإعطاء إنما يعطيهم الإمام إذا فرقها بنفسه أو نائبه.

ومنها: قوله: «والمذهب» منتقد بأنه ليس لنا طريقة قاطعة بإعطائهما.

ومنها: احترز بقوله: «من أسلم» عن مؤلفة الكفار فإنهم لا يعطون من الزكاة بلا خلاف، ولا من غيرها على الأظهر، وقيل: إذا نزل ـ والعياذ بالله تعالى ـ بالمسلمين نازلة أعطوا قطعًا.

ومنها: حصر المؤلفة في هذين الصنفين، ولم يصرح «المحرر» بذلك، وهو خلاف الصحيح عنده في غير «المنهاج»، إذا علمت هذا فالمؤلفة من المسلمين أربعة أصناف: هذان.

والثالث: يقاتل من يليه من الكفار.

والرابع: مَنْ يقاتل من يليه من مانعي الزكاة، ويجبيها، ويحملها إلى الإمام.

....

وقد حكى الرَّافِعِي فيهم أقوالًا، وقال: إن الأكثرين أرسلوا الخلاف من غير ترجيح، وإن الشيخ أبا حامد، وشرذمة قالوا: الأصح من القولين في الصنفين الأولين المنع، وقياس هذا ألا يعطي الصنفين شيئًا، وحينئذٍ يسقط سهم المؤلفة بالكلية، وقد صار إليه الرُّويَانِيّ وجماعة إلا أن الموافق لظاهر الآية، ثم لسياق الشَّافِعِي والأصحاب إثبات سهم المؤلفة، وأنه يستحقه الصنفان الأولان، وأنه يجوز صرفه إلى الآخرين أيضًا، وبه أجاب الْمَاوَرْدِيُّ في «الأحكام السلطانية» انتهى.

ولهذا قال المصنف في «شرح المهذب»: إن ما صححه الرَّافِعِي هو الصحيح، وهو الصرف إلى الأصناف الأربعة من سهم المؤلفة، انتهى.

وعليك أن تتأمل قول الرَّافِعِي: إن الأكثرين أرسلوا الخلاف من غير ترجيح مع قوله: إن الموافق لسياق الشَّافِعِي والأصحاب، فإنه يفهم نقل الترجيح عن الأصحاب كما فهمه المصنف، وقوله: فإنه يجوز صرفه إلى الآخرين أيضًا فإنه يشعر بأنه لا يجب؛ بل كأنه إلى رأي الإمام، وقوله من قبل، وقياس هذا ألا يعطي الصنفين الآخرين شيئًا إلى آخره، ينازعه قول القاضي أبي الطيب في «المجرد» بعد إرساله في الصنفين الأولين ثلاثة أقوال: المنع مطلقًا، الإعطاء من سهم المؤلفة إن احتيج إليهم، الإعطاء من سهم المصالح، ولا يختلف المذهب أن الدفع إلى الصنفين الآخرين واجب، ومن أين يعطون؟ على أربعة أقوال:

أحدها: من مال الصدقات من سهم المؤلفة.

والثاني: من سهم سبيل الله تعالى.

والثالث: من سهم المصالح.

والرابع: قال الشَّافِعِي: يجمع الإمام لهم من سهم المؤلفة، وسهم سبيل الله تعالى، ولعله أراد: يعطي قوم من سهم المؤلفة، وقوم من سهم سبيل الله تعالى، انتهى.

....

وجزم الصيمري بوجوب إعطاء الصنفين الآخرين، ورجح أنه يكون من سهم المؤلفة، وممن أرسل الخلاف في الصنفين الأولين بلا ترجيح الْمَاوَرْدِيّ في «الحاوي»، ثم قال في الصنفين الآخرين: لا يختلف قول الشَّافِعِي في جواز تألفهم، ومن أين يعطون؟ ثلاثة أقوال ورابع معلول بذكر الثلاثة الأول، كما ذكرها أبو الطيب، ثم قال: والرابع المعلول من سهم المؤلفة، وسهم سبيل الله تعالى. وقد اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي هَذَا الْقَوْلِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ هَذَا عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي جَوَّزَ الشَّافِعِيُّ فِيهِ إِعْطَاءَ الشَّخْصِ الْوَاحِدِ مِنَ الزَّكَاةِ الْوَاحِدَةِ بِسَبَبَيْنِ مِنْ سَهْمَيْنِ إِذَا كَانَا فِيهِ مَوْجُودَيْنِ، فَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي مَنَعَ فِيهِ مِنْ ذَلِكَ فَلَا يُعْطَوْنَ إِلَّا مِنْ أَحَدِ السَّهْمَيْنِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ ذَلِكَ عَلَى ظَاهِرِهِ فِي إِعْطَائِهِمْ مِنَ السَّهْمَيْنِ مَعًا عَلَى الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا لِوُجُودِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّبَبَيْنِ فِيهِمْ مَعَ الْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْ إِعْطَائِهِ بِالسَّبَبَيْنِ لِمَنْ كَانَتْ حَاجَتُهُ إِلَيْنَا.

وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ: أَنَّهُ مُخْتَلِفٌ بِاخْتِلَافِ الْحَالِ فِيمَنْ قَاتَلَ مِنْهُمْ مَانِعِي الزَّكَاةِ أُعْطِيَ مِنْ سَهْمِ الْمُؤَلَّفَةِ، وَمَنْ قَاتَلَ مِنْهُمُ الْمُشْرِكِينَ أُعْطِيَ مِنْ سَهْمِ الْغُزَاةِ.

وَالْأَصَحُّ عِنْدِي فِي هَذَا الْقَوْلُ الرَّابِعُ غَيْرُ هَذِهِ الْوُجُوهِ الثَّلَاثَةِ: أَنَّهُ يُجْمَعُ لِهَذِهِ الْأَصْنَافِ كُلِّهَا بَيْنَ سَهْمِ الْمُؤَلَّفَةِ وَبَيْنَ سَهْمِ سَبِيلِ اللَّهِ فِي الْجُمْلَةِ إِلَّا أَنْ يُصْبِحَ الشَّخْصُ الْوَاحِدُ مِنْهُمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطَى مِنَ السَّهْمَيْنِ؛ لَكِنْ يُعْطَى بَعْضُهُمْ مِنْ سَهْمِ الْمُؤَلَّفَةِ وَلَا يُعْطَى مِنْ سَهْمِ سَبِيلِ اللَّهِ، وَيُعْطَى بَعْضُهُمْ مِنْ سَهْمِ سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يُعْطَى مِنْ سَهْمِ الْمُؤَلَّفَةِ، فَيَكُونُ الْجَمْعُ بَيْنَ السَّهْمَيْنِ لِلْجِنْسِ الْعَامِّ، وَالْمَنْعُ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا لِلشَّخْصِ الْوَاحِدِ، وَهَذَا أَصَحُّ مَا يُحْمَلُ عَلَيْهِ تَخْرِيجُ هَذَا الْقَوْلِ الرَّابِعِ، وَالله أَعْلَمُ، انتهى.

وعلى ما أورده أبو الطيب في «المجرد» جرى الخوارزمي في «الكافي»، وصاحب «الشامل»، ثم حكى اختلاف الأصحاب في تأويل القول الرابع، وجزم ابن أبي عصرون في «تنبيهه» بأن من يكف الكفار يعطى من سهم الغزاة،

وَالرِّقَابُ الْمُكَاتَبُونَ.

ومَنْ سواه من سهم المؤلفة، وإذا أحطت بما ذكرناه علمًا، وراجعت كلام الأئمة بان لك أن ما ذكره الرَّافِعِي على ما فيه من الغلو محل نظر، وأنه كالمستند بالترجيح في الصنفين الأولين في إعطاء الآخرين من سهم المؤلفة، على أن الصنفين الأولين كما قال الصيمري: قد عدموا في هذا الزمان ـ يعني زمانه ـ وأما زماننا فقد عدمت الأصناف الأربعة فيما نعلم، وقد زيف الإمام القول بالصرف من سهم المؤلفة إلى الصنف الرابع، وقال: إنه في نهاية البعد، وليس له اتجاه، وأما الثالث: فقد يتجه فيهم الإعطاء من سهم الغزاة المطوعة، انتهى.

بل هو المختار الأقوى؛ لأنهم من الغزاة، وعلى ذلك ينطبق قول الْمَاوَرْدِيّ في «الإقناع» ﴿وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠] وهم الذين في تألفهم بها قوة المسلمين، وإضعاف المشركين إلى آخره.

إشارات: يعطى المؤلفة مع الغنى والفقر، وسبق أن للزوج إعطاء زوجته من سهم المؤلفة على الأصح، قال في «الروضة»: وقال الشيخ أبو حامد: لا تكون المرأة من المؤلفة، وهو ضعيف، ثم قال آخر الباب: إنه لو بان المدفوع إليه عبدًا أو ذا قربى لم يجزه على الصحيح.

قلت: لو دفع سهم المؤلفة، والغازي فبان المدفوع إليه امرأة، كما لو بان عبدًا، انتهى.

وهذا من تفريع طريقة أبي حامد التي ضعفها من قبل، والوجه على القول بالإعطاء أنها إذا كانت من الصنف الأول، وهو مَنْ أسلم ونيته ضعيفة في الإسلام، ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى والخنثى، وهل يكون من الصنف الثاني؟

فيه احتمال؛ لأنها قد تكون شريفة في قومها، ويتبعها غيرها من النساء بخلاف الصنفين الآخرين فلا يكون سهمًا قطعًا.

قال: (**وَالرِّقَابُ: الْمُكَاتَبُونَ**) أي: كتابة صحيحة كما سيأتي؛ لأن قوله

وَالْغَارِمُ إن اسْتَدَانَ لِنَفْسِهِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ أُعْطِيَ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ يُعْطَى إِذَا تَابَ، وَالله أَعْلَمُ.

وَالْأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ حَاجَتِهِ ....

تعالى: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠] كقوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠] وهناك من يدفع إلى المجاهدين، فليدفع هنا إلى الرقاب وهم المكاتبون أو غيرهم من الأرقاء، لا يملكون ولا يشتري بذلك عبيدًا أو يعتقون خلافًا لمالك وأحمد، وإنما يعطى المكاتب بشرط ألا يكون معه مَا يَفِي بِالنَّجْمِ وإن كان كسوبًا على الأصح، ويجوز الدفع إليه قبل حلول النجم في الأصح، وليس له صرف زكاته إلى مكاتبه خلافًا لابن خيران، وفي «طبقات العبادي» أن ابن خيران حكاه عن بعض أصحابنا، قال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: ويجوز الدفع إلى سيده بأمره وبغير أمره.

قال: (**وَالْغَارِمُ: إن اسْتَدَانَ لِنَفْسِهِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ أُعْطِيَ**) للآية الشريفة، وقوله: «فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ» يشمل الطاعة والمباح كما صرحوا به، لا كما أوهمه كلام شارح من قصره على الأول.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ يُعْطَى إِذَا تَابَ، وَالله أَعْلَمُ**) أي: نظر إلى الحال فإن التوبة تجب ما قبلها، والثاني: لا؛ لأنه ربما اتخذ إظهار التوبة ذريعةً ثم يعود.

قال الرَّافِعِي: وَلَمْ يَتَعَرَّضُوا هُنَا لِاسْتِبْرَاءِ حَالِهِ بِمُضِيِّ مُدَّةٍ بعدها يَظْهَرُ فِيهَا صلاح حَالُهُ، إِلَّا أَنَّ الرُّويَانِيَّ قَالَ: يُعْطَى عَلَى أصح الْوَجْهَيْنِ إذَا غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ صِدْقُهُ فِي تَوْبَتِهِ فَيُمْكِنُ حَمْلُ إطْلَاقِهِمْ عَلَيْهِ.

قال المصنف في «شرح المهذب»: والظاهر ما قاله الرُّويَانِيّ: إنه إذا غلب على الظن صدقه في توبته أعطي وإن قصرت المدة.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ: اشْتِرَاطُ حَاجَتِهِ**) أي: فلو وجد ما يقضي به الدين من نقد وغيره لم يعط من الزكاة؛ لأنه يأخذ لحاجته إلينا كالمكاتب وابن السبيل هذا هو «الجديد» والمنصوص في أكثر كتبه.

قال الْمَاوَرْدِي: و«القديم» وحكي عنه في «الأم» أنها لا تشترط لعموم

....

الآية، وكالغارم لذات البين، ونقله في «شرح المهذب» عن نصه في «الأم»، وصححه سليم في «المجرد» والجرجاني في «التحرير».

قال الْمَاوَرْدِي: ومحل القولين إذا كان غناه بغير النقدين، فإن غني بأحدهما فقط لم يعط قولًا واحدًا، وصرح الرَّافِعِي بجريان القولين في الحالين، والمختار ما قاله الْمَاوَرْدِيُّ، ثم راجعت «الحاوي» فوجدته قال: إن كان ماله ناصبًا، أو عرض تجارة لم يجز الدفع إليه قولًا واحدًا، وإن كان ماله عقارًا من دور وضياع يفي أثمانها بدينه، فقولان، ثم ذكرهما كما سبق، وينبغي أن يكون يساره بجنس الدين الذي عليه كيساره بالنقد، ولا يمنع من إعطائه قدرته على كسب ما يقضي به دينه على الأصح بخلاف الفقير والمسكين؛ لأن حاجتهما تتحقق يومًا فيومًا، والكسوب تحصل في كل يوم ما تكفيه، والحالة هنا حاصلة في الحال؛ لثبوت الدين في ذمته، وإنما يقدر على اكتساب مايقضيه به بالتدريج.

قال الرَّافِعِي: ومن المهم البحث عن مغني لحاجته إلى قضاء ذلك الدين، وعبارة أكثرهم تقتضي كونه فقيرًا لا يملك شيئًا وربما صرحوا به.

قلت: والتصريح به منسوب في «النهاية» إلى المراوزة وأنهم قطعوا به، وقالا: إنهم قالوا: يشترط في وفاء ما يستلزم بسبب حاجة نفسه، الفقر عن كل ما يتصور وصرفه إلى الدين، انتهى.

ثم قال الرَّافِعِي في بعض شروح «المفتاح»: إنه لا يعتبر المسكن، والملبس، والفرش، والآنية، وكذا الخادم والمركوب إن اقتضاهما حاله؛ بل يقضي دينه وإن ملكها، ويقرب منه بعض المتأخرين أنا لا نعتبر الفقر والمسكنة هاهنا؛ بل لو ملك قدر كفايته ولو قضى دينه؛ لنقص ماله عما يكفيه فيقضي من دينه قدر ما ينقص عن الكفاية، والمقصود أنه يترك معه ما يكفيه ولا يدخل في الاعتبار وهذا أقرب، هذا كلام الرَّافِعِي، ويقرب منه قول ابن خيران في «اللطيف» فإن كان عرض له غنى؛ لم يعط، وما جعله أقرب وجه في «النهاية»، وقد رجحه أيضًا في «الشرح الصغير» خلافًا للجمهور.

دُونَ حُلُولِ الدَّيْنِ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُلُولِهِ، والله أَعْلَمُ.

فرع: نقل السرخسي أن ما استدانه لعمارة المسجد، وقري الضيف حكم ما استدانه لمصلحة نفسه، وفي «حلية» الرُّويَانِيّ عن بعض أصحابنا أنه يعطى لهذا مع الغنى بالعقار لا يعني الغنى بالنقد، قال: وهو القياس والاختيار وسكتا عليه وهو قول الْمَاوَرْدِيُّ: إنه إن استدان لعمارة مسجد، أو جامع، أو بناء حصن، أو قنطرة، أو فك أسير ونحو ذلك من المصالح العامة جاز إعطاؤه مع الغنى بالعقار لا مع غنى بالنقد، وعليه جرى جماعة بعده ولم يورد في «شرح التعجيز» غيره.

قال: **(دُونَ حُلُولِ الدَّيْنِ)** أي: فلا يشترط؛ لأنه مدين في الحال وهو يتجر فيه فيربح ما يوفي به جميع دينه في محله.

قال: **(قُلْتُ: الْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُلُولِهِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ)** أي: فلا يعطى قبل محله لعدم حاجته إليه الآن، والخلاف كالخلاف في النجوم المؤجلة، فيرجحه هنا اشتراط حلول الدين مع موافقته في عدم اشتراط حلول النجم، غريب لم أره لغيره.

والذي قاله الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: إن الدين المؤجل على الوجهين في النجوم، زاد في «الكبير»: وقد ترتب الخلاف في الغارم على الخلاف في المكاتب، ثم تارةً يجعل الغارم أولى بأن يعطى لأن ما عليه مستقر، وما على المكاتب متزلزل، وتارةً يجعل المكاتب أولى بأن يعطى؛ لأن له التعجيل؛ لغرض الحرية.

قلت: وكذا المديون؛ لغرض براءة الذمة كما هو مبين في آخر السلم، قال: وفصَّل بعضهم فقال: إن كان الأجل يحل في تلك السنة أعطي، وإلا فلا يعطى من صدقات تلك السنة، انتهى.

وجمع الدارمي فيها أربعةَ أوجه، ثالثها: يعطى المكاتب لا الغارم. رابعها: عكسه[١].

---

(١) انظر: «المجموع» (٦/ ٢٠٩).

....

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» أنه إن كانت النجوم والدين مؤجلين يطلب الغارم سهمه ليتجر فيه إلى حلول دينه، ولم يختلف أصحابنا أنه يدفع إليه، فأما إن أراد بدفع إلى رب المال والسيد فاختلفوا على أوجه:

أحدها: المنع فيهما، ثانيهما: عكسه، ثالثها: يجوز الدفع للسيد دون الدين، رابعها: عكسه، انتهى.

وقد قال الأصحاب: له الاتجار فيما يأخذه إذا لم يف بالدين؛ ليبلغ قدره بالتنمية، وبذلك تبين أن الأصح خلاف ما صححه المصنف، وفي «البسيط» أنه إن كانت له ضيعة وقفت بدخل قدر الدين عند حلول الأجل فلا يستحق، وإن لم يكن فوجهان.

فرع: للعمراني وجهان في قضاء دين من مات معسرًا من سهم الغارمين، قال في «الروضة»: الأصح الأشهر أنه لا يقضى منه، ولم يرجح في «شرح المهذب» شيئًا، وقال ابن كج: عندنا لا تدفع إليه الزكاة، ثم قال بعده بقليل: إذا استدان لإصلاح ذات البين ثم مات دفع ما تفك به تركته، انتهى.

فيحتمل الوجهان في هذه إلا في الغارم؛ لمصلحة نفسه، ويحتمل أنهما في الصنفين، ويحتمل أن هذا وجه ثالث، وهو قضية كلام ابن كج، ولا خفاء أنه لو مات بعد وجوب الزكاة وهو من المستحقين المحصورين هناك؛ لأنه يقضي دينه من ذلك ويورث عنه من سهمه.

تنبيهات: يتعلق بالاستدانة في المعصية إذا استدان في معصية لم يعط من سهم الغارمين مادام مصرًّا، على الصحيح المشهور، وفيه وجه غريب، رواه الحناطي، ولعل محله إذا علم أو ظن أنه يقضي به الدين، أو بقول قائله: إنه يدفع إلى رب الدين بإذنه، أما دفعه إليه مع جواز صرفه في المعصية دون الوفاء فلا يقوله أحد، وعدا هنا من صور الاستدانة للمعصية الإسراف في النفقة، وذلك في باب الحجر ما يخالفه، وأصل الاضطراب قول الإمام هنا نقلًا عن الصيدلاني: إن من اقترض في جهة المعصية والإسرف الخروج عن المعتاد فيما

....

لا يكسب جهدًا ولا أجرًا كما قدرناه في الحجر، فوافقاه هنا، وخالفاه هناك، فجعلا الإسراف في النفقة من «المنهاج» وليس بتدبير على أن الإمام لم يصرح هناك أن ذلك معصية كما صنعا؛ بل قال: كالقرض في جهة كذا وقد يزيد بالنسبة إلى منع الإعطاء لا إلى العصيان، ويؤيد الفرق قول الْمَاوَرْدِيّ: فإن كان دينه فِي تَبْذِيرٍ كَرَجُلٍ بَذَّرَ فِي الشَّهَوَاتِ وَاللَّذَّاتِ، وَأَسْرَفَ فِي الصِّلَاتِ وَالْهِبَاتِ لَا فِي بِرٍّ وَلَا تَقْوَى؛ فَهَذَا لَا يُعْطَى مِنْ سَهْم الْغَارِمِينَ وَلَهُ مَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ مِنْهُ مِنْ نَاضٍّ أَوْ عَقَارٍ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّبْذِيرِ، فَلِأَنْ يَعُودَ تَبْذِيرُهُ عَلَى مَالِهِ أَوْلَى مِنْ أَنْ يَعُودَ عَلَى مَالِ الصَّدَقَاتِ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ مِنْ نَاضٍّ وَلَا عَقَارٍ جَازَ أَنْ يُعْطَى مِنْ سَهْمِ الْغَارِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُمْ فِي الْغُرْمِ وَالْحَاجَةِ.

وإن كانَ قَدْ أَدَانَ فِي مَعْصِيَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَتُبْ مِنْهَا وَكَانَ مُصِرًّا عَلَى تِلْكَ الْمَعْصِيَةِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعْطَى مِنْ سَهْم الْغَارِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَعْصِيَةِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعَانَ عَلَيْهَا بِتَحَمُّلِ الْغُرْم فِيهَا، وَإِنْ كَانَ قَدْ تَابَ مِنْهَا وَأَقْلَعَ عَنْهَا لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعْطَى مِنْ سَهْمِ الْغَارِمِينَ مَعَ الْغِنَى بِمَالٍ نَاضٍّ أَوْ عَقَارٍ؛ لِأَنَّ مَالَهُ فِي غُرْمِ الْمَعَاصِي أَوْلَى مِنْ مَالِ الصَّدَقَاتِ، وَفِي جَوَازِ إِعْطَائِهِ مَعَ الْفَقْرِ وَجْهَانِ.

قال الإمام: والاستدانة في المعصية هو أن يبغي بها المستدين التوصل إلى جهات الفساد، فلو استدان عن مضمر فساد ثم بدا له فصرفه على جهات الفساد، فحق هذا الدين أن يقضى من سهم الغارمين؛ ولكن إذا رأيناه استدان وصرفه إلى جهات الفساد فلا نصدقه في أنه ما كان ينوي الفساد، ولو اقترض على قصد الصرف إلى الفساد ثم عصم، فأنفقه في طاعة قضي عنه، فإن النية إنما تؤثر إذا حققت بالعمل، وعلى هذا لا يمتنع أن يقال إذا اقترض على قصد الطاعة ثم أنفق صرفه إلى المعصية فلا يقضى، فإن نيته موقوفة على عمله، انتهى.

وقوله في أن النية إنما تؤثر، يفهم بأنه لو اقترض واستدان على قصد المعصية، ثم سرق منه أن يقضى عنه، وهو بعيد مع إصراره أنه لو بقي لصرفه إلى جهة قصده الخبيث المفهوم من عبارة «الكتاب» وغيره، أن الكلام فيما إذا استدان لأجل المعصية به، أما لو استدان لمباح أو طاعة، ثم عنَّ له صرفها

أَوْ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ أُعْطِيَ مَعَ الْغِنَى، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ غَنِيًّا بِنَقْدٍ فَلَا.

إلى المعصية لا يكون حكمه كذلك؛ لأنه استدان في معصية، وعبارة «فروع ابن الْقَطَّان»: إذا استدان لنفسه وعصى بذلك المال، مثل أن أخذه فشرب به الخمر فهل يدفع إليه من السهم أم لا؟

على وجهين، وظاهر كلام الشيخ في «شرح المهذب» أن إتلاف مال الغير عمدًا كاستدانة في المعصية.

قال: **(أَوْ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ أُعْطِيَ مَعَ الْغِنَى)** أي: بالعقار والنقد وغيرهما؛ لأن الغرض إطفاء الثائرة ولا تسكن بتحمل الفقير، ولو شرط الفقر في الإعطاء لامتنع الناس من هذه المكرمة.

قال: **(وَقِيلَ: إِنْ كَانَ غَنِيًّا بِنَقْدٍ فَلَا)** إذ ليس في صرفه إلى الدين ما يهتك المروءة، والأصح: أنه لا فرق لعموم الآية، والغنى بالْعَرَضِ كهو بالْعَقَارِ على المذهب، وقيل: كالنقد ولو تحمل قيمة متلف، فإن كَانَ الشَّرُّ مُتَوَقَّعًا فِي مَالٍ فَتُحْمَلُ قِيمَةُ الْمُتْلِفِ؛ قضي دينه مع الغنى على الأصح، ووجه المنع أن فتنة الدم أشد.

تنبيهات: فسَّر «إصلاح ذات البين» بأن يخاف فتنةً بين شخصين أو قبيلتين فيستدين طالبًا للإصلاح، ثم إن كان في دم تنازع فيه قبيلتان، ولم يظهر القاتل فتحمل الدية، قضي دينه من سهم الغارمين إلى آخر ما قدمته.

وفي «الحاوي»: إن استدان في تحمل دية نفس أو طرف وكف بها فتنة، وقطع بها حربًا، أعطي مع الفقر والغنى بالناض وغيره، وإن كان للإصلاح في غرم مال كف به فتنةً ومنع حربًا، أعطي مع الفقر ومع الغنى بالعقار، وفي جواز إعطائه مع الغنى بالناضِّ وجهان.

وفي «البيان» عن الصيمري أنه لو ضمن دية قاتل مجهول أُعطي مع الفقر والغنى، أو عن قاتل معروف أعطي مع الفقر دون الغنى، قال المصنف: وهذا ضعيف، ولا تأثير لمعرفته وعدمها، قال: وحكى الدارمي في الضمان عن قاتل معروف وجهين، انتهى.

....

وكأنهما حيث لا رجوع أو يأتي فيه ما نذكره من فروع ضمان الدين، ثم رأيت الدارمي قال: لو قامت بينة على الجاني، أو إقرار، أو يمين فتحمل متحمل عنه لم يعط، انتهى.

فهذا هو المراد من كلام الصيمري وغيره في «كفاية ابن الرِّفْعَة»، وأحسبه من كلام الإمام ولو ضمن دية مقتول عن قاتل معين، فالقياس أن يترتب على ضمان مال المعاملة، وهنا أولى بأن يقضى مع الغنى.

قال الدارمي: ولو كانت دعوى الدم بين من لا يخشى فتنتهم فتحملها؛ فوجهان.

وقال ابن الْقَطَّان في «فروعه»: إذا علم الغارم أن أحد الفريقين ظالم فغرم ذلك؛ ففي إعطائه وجهان.

فرع: جعل في «الروضة» تبعًا للمراوزة الغارمين ثلاثة أضرب، ثالثها: ما التزمه بضمان، قال في «شرح المهذب»: من ثمن مبيع ونحوه، وله أربعة أحوال:

أحدها: أن يكونا معسرين، فيعطى ما يقضي به ما ضمنه.

قال الْمُتَوَلِّي: وصرفه إلى الأصيل أولى؛ لأن الضامن إذا قضى به الدين، ثم رجع على الأصيل احتاج الإمام أن يعطيه ثانيًا.

قال تبعًا للرافعي: وما قاله ممنوع ولا رجوع له، وإنما يرجع الضامن إذا غرم من عنده.

قال في «شرح المهذب»: وما قاله الرَّافِعِي فيه نظر، وما قاله الْمُتَوَلِّي محتمل أيضًا.

ثانيها: أن يكونا موسرين، فلا يعطى؛ لأنه إذا غرم رجع إلى الأصيل، وإن ضمن بغير إذنه فوجهان.

قال في «شرح المهذب»: إن قلنا: لا يرجع وهو الأصح أعطي، وإلا فلا، انتهى. وفيما قاله نظر.

....

ثالثها: أن يوسر الأصيل وحده، فإن ضمن بإذنه لم يعط؛ لأنه يرجع، وإن ضمن بغير إذنه أعطي في الأصح.

رابعها: عكس الثالث يجوز إعطاء الأصيل جزمًا لا الكفيل في الأصح، انتهى.

فروع ثلاثة من «الحاوي»:

أحدها: لا يجوز أن يزاد الغارم على قدر دينه، ويقبضه هو ويدفعه إلى غرمائه.

قلت: ينبغي أن يستثنى ما إذا كان قد حجر عليه بالسفه، فيكون الدفع إلى الحاكم أو إلى رب الدين بإذن الحاكم، قال: فإن دفع رب المال أو العامل حقه إلى غرمائه بإذنه؛ جاز وإلا فلا يجاب المكاتب؛ لأنه محجور عليه في حق سيده فجاز الدفع إلى سيده بغير إذنه، نعم إن حجر على الغارم بالفلس فدفع إلى غرمائه بالحصص؛ جاز وإن كان بغير إذنه؛ لأنه بالحجر يصير كالمكاتب.

قلت: إن كان هذا فيما إذا كان الدَّافع الإمام ونحوه فذاك، وإن كان من الآحاد فبعيد.

ثانيها: عليه صرف ما أخذه من سهمه في دينه وله دفعه إلى أي غرمائه شاء، إلا أن يكون غارمًا في دية تحملها، أعطي فيها من الصدقات مع غنائه، ويكون عليه دين معاملة أيضًا، فعليه صرف المأخوذ في دين الحمالة دون المعاملة، ولو كان قد أخذ مع الفقر في دين المعاملة فله صرفه إلى ما شاء من دين المعاملة والحمالة، ولو أراد الغارم صرف ما أخذه في ثمن دينه؛ لم يجز إلا أن يعدم قوت يومه، فيجوز أخذه منه وحده؛ لأنه غير مستحق في دينه كالمفلس يقسم ماله بين غرمائه إلا قوت يومه.

ثالثها: إذا أخذ الغارم سهمه فلم يصرفه في دينه حتى أثري منه أو قضي عنه أو قضاه من غير ما أخذه؛ استرجع منه إلا أن يقضيه من قرض يقترضه، فلا يسترجع؛ لأنه لم يسقط عنه دينه، وإنما صار لمستحق آخر كالحوالة، فلو

وَسَبِيلُ اللَّهِ تَعَالَى غُزَاةٌ لَا فَيْءَ لَهُمْ فَيُعْطَوْنَ مَعَ الْغِنَى.
اَبْنُ السَّبِيلُ مُنْشِئُ سَفَرٍ أَوْ مُجْتَازٌ، ....

أبرئ منه أو قضاه من غير قرض فلم يسترجع منه ما أخذه حتى لزمه دين صار به غارمًا؛ فوجهان: أحدهما: لا يسترجع منه؛ لأنه يجوز دفعه إليه، والثاني: يسترجع؛ لأنه صار كالمسلف له قبل غرمه.

قال: (**وَسَبِيلُ الله تَعَالَى: غُزَاةٌ لَا فَيْءَ لَهُمْ فَيُعْطَوْنَ مَعَ الْغِنَى**) لعموم الآية، وإنما فسرنا السبيل بالغزاة؛ لأنه متى أطلق حمل عليهم وهؤلاء هم المتطوعة الذين لا سهم لهم في ديوان الإمام، أما من له حق في الفيء كما أشار إليه المصنف فلا يصرف إليهم من الصدقات شيء، كما لا يصرف شيء من الفيء إلى المتطوعة، نعم لو عدم الفيء فهل يعطون؟ فيه قولان أو وجهان، أظهرهما: لا؛ بل يجب إعانتهم على أغنياء المسلمين.

وعن الصيدلاني وجه ثالث: أنه يجوز الصرف إليهم من سهم سبيل الله إذا احتاجوا إلى قتال مانعي الزكاة فيعطون مما يأخذون من الممتنعين، وأطنب الإمام فِي تَزْيِيفِهِ، وجزم به الْغَزَالِيُّ في «البسيط» وزاد عليه فقال: وأما أهل الفيء فلا يصرف لهم شيء من الصدقات إلا إذا قاتلوا مانعي الزكاة جاز أن يصرف إليهم، وكان قتالهم على تحصيل الزكاة، انتهى.

وقال الإمام في قسم الفيء: إذا لم يكن في يد الإمام مال للفيء والمرتزقة مستظهرين بأموالهم، ولم يكونوا على الصفات التي يشترطها في استحقاقهم سهم سبيل الله من الصدقات لم يجز صرف ذلك السهم إليهم إن كانوا غير مستظهرين، ولو لم يكفهم لضاعوا، ورأى الإمام والحالة هذه أن يصرف سهم سبيل الله تعالى من الصدقات إليهم، ورأى أَنَّ انْتِهَاضَهُمْ لِلْقِتَالِ وهم المعدون المستبعدون أَقْرَبُ مِنْ انْتِهَاضِ الْمُتَطَوِّعَةِ فلا معترض على الإمام في ذلك، انتهى. وهذا حسن صحيح غريب.

قال: (**وَابْنُ السَّبِيلِ: مُنْشِئُ سَفَرٍ**) أي: من بلده أو موضع إقامته (**أَوْ مُجْتَازٌ**) أي: بموضع أداء الزكاة للآية، وهو حقيقة في هذا مجاز في الأول؛

وَشَرْطُهُ الْحَاجَةُ وَعَدَمُ الْمَعْصِيَةِ، ....

ولذلك خالف مالك وأبو حنيفة فيه، وأصحابنا قاسوه على الثاني؛ لأنه مريد للسفر محتاج إلى أسبابه، وقيل: إن جوزنا نقل الصدقة جاز الصرف إلى الثاني، وإلَّا فلا.

قال: (**وَشَرْطُهُ: الْحَاجَةُ**) أي: الناجزة: وهي ألا يجد ما ينفقه، وإن كان له مال في مقصده أو غيره، فإن وجد هذا مَن يقرضه إلى بلد ماله؛ قال ابن كجٍّ: لم يلزمه الاقتراض، وأقره المصنف في «شرح المهذب» ورده في «البويطي» حيث قال في الفيء: وخمس الخمس لابن السبيل، وهم المجتازون من بلد إلى بلد ممن لا يكون معه ما يتحمل به، ويدخل فيهم الغني في بلده، والمجهول في الموضع الذي قطع به الذي لا يجد من يسلفه، ولا يعرفه، فإن وجد من يسلفه أو يعرفه فليس منهم، انتهى.

وسبق في «فتاوى الْقَفَّالِ» أن الحاضر المقيم إذا كان غائبًا عنه، ولا يجد من يقرضه فله الأخذ من سهم الفقراء، وهو موافق لهذا النص.

قال: (**وَعَدَمُ الْمَعْصِيَةِ**) أي: بألا يكون عاصيًا بسفره إذ القصد إعانته، ولا يجوز الإعانة على المعصية فيعطى المسافر لطاعة قطعًا، وجعل الْمَاوَرْدِيُّ في حكمه السفر أَنْ يَكُونَ لِحَاجَةٍ مَاسَّةٍ كَالسَّفَرِ فِي طَلَبِ غَرِيم هَرَبَ، أَوْ عَبْدٍ أَبَقَ، أَوْ بعيرٍ شَرَدَ، وكذا من سافر معدمًا لتجارة ونحوها ببلَد آخر على الأصح، وعلى هذا في سفر النزهة وجهان صححا الإعطاء، وفي شرحه «المهذب» طريقة قاطعة بالمنع، وبها أجاب الْمَاوَرْدِيُّ قال: وإن أتيحت له الرخص؛ إذ الصدقات لذوي الحاجات، وليس هذا منهم؛ لكن لو سافر للنزهة ثم انقطعت النفقة لعوده؛ جاز إعطاؤه يعني: نفقة عودة لضرورته، وهذا ما ذكره أبو إسحاق المروزي في «الشرح»، وتبعه القاضي أبو الطيب في «المجرد»، وهو الأصح أوالصحيح، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لا يجوز صرف سهم ابن السبيل إلى الصوفية؛ لأن سفرهم لا غرض فيه؛ لأنهم يسافرون للكدية، وألحق الإمام بسفر المعصية السفر لا بقصد صحيح كالهائم.

إشارات: منها: قال الْمَاوَرْدِيُّ: فَإِنْ كَانَ ابن السبيل مُنْشِئًا لِسَفَرِهِ لَمْ يَجُزْ

....

أَنْ يُعْطَى إِلَّا مَعَ الْفَقْرِ، وَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَمِنْ سَهْمِ ابْنِ السَّبِيلِ، وَإِنْ كَانَ مُجْتَازًا فِي سَفَرِهِ جَازَ أَنْ يَأْخُذَ مَعَ الْعَدَمِ فِي سَفَرِهِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فِي بَلَدِهِ، وَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا مِنْ سَهْمِ بَنِي السَّبِيلِ لا غير، وَلَا يَأْخُذُ مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ؛ لِمُرَاعَاةِ الْجِوَارِ فِي الْفَقْرِ، وَلَيْسَ الْمُجْتَازُ جَارًا، انتهى.

وهذا غريبٌ، وسيأتي عن «الأم» ما يقرب من هذا، والظاهر أن المنشئ إذا كان له مال بالبلد الذي يقصده، ولا يجد عند الإنشاء شيئًا، ولايجد من يقرضه؛ جاز إعطاؤه مع الغنى كالفقير المنشئ.

ومنها: لو كان المنشئ أو المجتاز كسوبًا يمكنه أن يكتسب في طريقه ما يكفيه، هل يكون كالموسر كمن يصحب الجيوش والركوب العظام فإن المحترف فيها كالمحترف في البلد أم يعطى؟ لم أر فيه نصًا، وهو محتمل، ويحتمل أن يفرق بين طول المسافة وقصرها، وبين أن يكتسب في يوم كفاية أيام أو لا؛ لأنه قد يبعد، وعليه الكسب في بعض الأيام فيتضرر، ثم رأيتني ذكرت في «الغنية» أن المصنف قال في شرح «المهذب»: قال أصحابنا: ويعطى وإن كان قادرًا على الكسب، انتهى.

ثم قلت: وفي هذا الإطلاق نظر، وقد يظهر في سفر الطاعة أو لضرورة دون ما إذا سافر للتكسب والتمول من غير حاجة، ولا سيما إذا كان يكتسب في يوم كفاية أيام، أو كفاية سفره، وأما المسافر للنزهة فإن قلنا: لا يعطى فلا كلام.

وإن قلنا: يعطى فينبغي استثناء هذه الصورة أيضًا إما جزمًا أو على الأصح.

ومنها: أطلقوا القول بأن العاصي بسفره لا يعطى.

قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: قال أبو إسحاق في «الشرح»: لا يعطى إلا ما يسد رمقه في الحال إلا ما يسافر به، انتهى.

وقد يجيء فيه وجه أنه لا يعطى حتى يتوب، كما قيل في المضطر إلى

فَصْلٌ

وَشَرْطُ آخِذِ الزَّكَاةِ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الْإِسْلَامُ وَأَنْ لَا يَكُونَ هَاشِمِيًّا وَلَا مُطَّلِبِيًّا وَكَذَا مَوْلَاهُمْ فِي الْأَصَحِّ.

الميتة، يقال له: تب وكل؛ فإذا تاب التحق في بقية سفره بالمسافر سفرًا مباحًا، ويخرج مما يجيء فيه أنه لو كان الفقير أو المسكين غاصبًا بإقامته أنه لا يعطى من سهمه حتى يتوب.

فصل

قال: (**وَشَرْطُ آخِذِ الزَّكَاةِ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ: الْإِسْلَامُ**) أي: فلا يجوز صرفها إلى كافر؛ لما في الصحيحين في حديث بعث معاذ بن جبل رضي الله عنه إلى اليمن: «**تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم**»(١) لو كان الكيَّال والوزَّان والراعي ونحوهم كفارًا يجوز استئجارهم من سهم العامل؛ لأن ذلك أجرة لا زكاة.

قال: (**وَأَنْ لَا يَكُونَ هَاشِمِيًّا**) لما في صحيح مسلم: «أن هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس، وأنها لا تحل لمحمد، ولا لآل محمد»(٢).

قال: (**وَلَا مُطَّلِبِيًّا**) لقوله: ﷺ «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد»(٣) رواه البخاري.

(**وَكَذَا مَوْلَاهُمْ فِي الْأَصَحِّ**) وقيل: الأظهر؛ لقوله: ﷺ «مولى القوم منهم»(٤) صححه ابن حبان، والترمذي وغيرهما، والثاني: لا؛ لأن المنع

---

(١) أخرجه البخاري (٤٠٩٠)، ومسلم (١٩).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ١٦٦، رقم ١٧٥٥٤)، ومسلم (٢/ ٧٥٢، رقم ١٠٧٢) والبيهقي (٧/ ٣١، رقم ١٣٠١٨).

(٣) أخرجه البخاري (٣٣١١).

(٤) حديث أنس بن مالك: أخرجه أحمد (٣/ ١١٩، رقم ١٢٢٠٨)، والدارمي (٢/ ٣١٧، رقم ٢٥٢٧) كلاهما أن النبي ﷺ قاله لنعمان بن مقرن. والبخاري (٣/ ١٢٩٤، رقم ٣٣٢٧)، ومسلم (٢/ ٧٣٥، رقم ١٠٥٩)، والترمذي (٥/ ٧١٢، رقم ٣٩٠١)، وقال: حديث حسن صحيح. والنسائي (٥/ ١٠٦، رقم ٢٦١١)، وابن حبان (١٦/ ٢٥٧، رقم ٧٢٦٨). =

....

للشرف في ذوي القربى، وهو مفقود في مواليهم.

تنبيهات وفروع:

أحدها: كان الأحسن أن يقول: ومن شرط أخذ الزكاة كما تفهمه عبارة «المحرر»: فإن من الشروط غير ما سبق الحرية فيما عدا المكاتب، ولا يضر كون سيده كافرًا، ولا هاشميًا، ولا يجوز دفع الزكاة إلى الْمُبَعَّضِ في توبة نفسه خلافًا لابن الْقَطَّان، ومثَّل الرُّويَانِيّ إليه، ومن شرط الأخذ من الزكاة أيضًا ألا يكون له سهم في ديوان الفيء كما سبق بما فيه، وأن يكون من بلد مال الزكاة على ما يأتي بيانه، وألا يكون مكفيًا بنفقةِ الغير أو الكسب كما سبق.

ثانيها: لا فرق في تحريمها على ذوي القربى من سهم العامل وغيره، وقيل: يجوز العمالة لأنها أجرة، وقيل: يجوز إن منعوا حقهم من خمس الخمس، والمذهب المنع مطلقًا.

ثالثها: خص الْمَاوَرْدِيُّ الخلاف السابق في الموالي بما يؤخذ باسم

=

حديث جبير بن مطعم: أخرجه الطبراني (٢/ ١٣٦، رقم ١٥٧٦). قال الهيثمي (١/ ١٩٦): رجاله رجال الصحيح.

حديث أبي مالك الأشعري: أخرجه عبد الرزاق (٢/ ٦٣، رقم ٢٤٩٩)، والطبراني (٣/ ٢٨٠، رقم ٣٤١١).

حديث أبي موسى الأشعري: أخرجه أحمد (٤/ ٣٩٦، رقم ١٩٥٥٩)، وأبو داود (٤/ ٣٣٢، رقم ٥١٢٢). والبزار (٨/ ٧٣، رقم ٣٠٦٩). قال المنذري (٣/ ١١٩)، والهيثمي (٥/ ١٩٣) رجال أحمد ثقات.

حديث ابن عباس: أخرجه الطبراني (١٢/ ١٧٠، رقم ١٢٧٨٨) وفي الأوسط (٨/ ٢٢٦، رقم ٨٤٧٤) قال الهيثمي (١٠/ ٣١): فيه محمد بن جابر السحيمي وهو ضعيف وقد وثق.

حديث عتبة بن غزوان: أخرجه الحاكم (٣/ ٢٩٣، رقم ٥١٤٠)، وقال: ذكر عتبة بن غزوان فى هذا الحديث غريب جدًّا. وقال الذهبي: إسناده مظلم. قال الهيثمي (١/ ١٩٦): أخرجه الطبراني فى الكبير، وهو من رواية عتبة بن إبراهيم بن عتبة بن غزوان عن أبيه عن عتبة، ولم أر من ذكر عتبة، ولا إبراهيم.

حديث عائشة: أخرجه البزار كما في كشف الأستار (١/ ١١٩ رقم ٢٢٠). قال الهيثمي (١/ ١٩٥): فيه غياث بن حرب، ضعفه الفلاس، وذكره ابن حبان في الثقات.

....

الصدقة، قال: ويجوز أن يكون مولاهم عاملًا أي: بلا خلاف، وحكى القاضي الحسين فيهم وجهين، وادعى أن المذهب الجواز لما سبق من فقد الشرف فيهم، والصحيح المنصوص وقول الجمهور المنع كالسادات؛ لقوله ﷺ لأبي رافع لما التمس منه العمالة: «إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، وإنا لا تحل لنا الصدقة» (١) قال الترمذي حسن صحيح.

رابعها: ما ذكرناه في الهاشمي، والمطلبي، ومواليهم هو فيمن تضمنه الإمام عاملًا أو عونًا له؛ ليأخذ من سهم العمالة، وأما لو استؤجر؛ للنقل والحفظ، والرعي، والكيل، والوزن ونحوها جاز كما في العبد والكافر يعملان فيها بالأجرة.

خامسها: لموالي ذوي القربى أخذ صدقة التطوع على المشهور، ويشهد للمنع حديث «أبي رافع» وحمل على المفروضة، ولم أر للأصحاب كلامًا في جواز دفع النذور إليهم، وإلى ساداتهم فيحتمل أن يقال: إنها كصدقة التطوع؛ لأنه متطوع بالنذور، ويحتمل أن يخرَّج على أنه يسلك بالنذر ما إذا قلنا: مسلك واجب الشرع التحق بالزكاة، وإلا فلا.

فوائد:

منها: قال الرُّويَانِيّ في «التجربة»: لو صرف الصدقة إلى عبد فقير يحتاج إلى خدمته جاز، وصار كالدفع إلى سيده، ولو صرفها إلى عبد غني لم يجز، وإن كان العبد محتاجًا؛ لأنه لا يملك، ولا تحل لسيده.

ومنها: في «فتاوى ابن البزري»: لو كان الفقير فاسقًا جاز الدفع إليه، فإن كان المدفوع إليه يعينه على فسق، ويقويه على معصية فمعونة على معصية، ومسارعة إلى محرم، انتهى.

وهذا صوابٌ لا ما سبق عن «الحاوي» في الكلام على المكفي بنفقة قريب، أو زوج إلا أن يزيد على هذا فراجعه.

---

(١) تقدم في سابقه.

فَصْلٌ

مَنْ طَلَبَ زَكَاةً وَعَلِمَ الْإِمَامُ اسْتِحْقَاقَهُ أَوْ عَدَمَهُ عَمِلَ بِعِلْمِهِ، ....

ومنها: في «فوائد ابن الصلاح» عن كتاب «العماد» لعبد الله بن عبد الرحمن المروزي من أصحابنا: أنه لا يجوز قبض الزكوات من أعمى، ولا دفعها له؛ بل يوكل فيهما على أصل الشَّافِعِي؛ لأن التمليك شرط فيها، قال ابن الصلاح: وفساد هذا ظاهر، وهو كما قال.

ومنها: سُئل المصنف عن صرف الزكاة إلى تارك الصلاة كسلًا؟ فقال: إن بلغ تاركًا للصلاة واستمر؛ لم يجز دفعها إليه لسفهه، ويجوز دفعها لوليه ليقبضها له، وإن بلغ مصليًّا رشيدًا، ثم طرأ ترك الصلاة، ولم يحجر عليه القاضي؛ جاز دفعها إليه، ويصح قبضه بنفسه انتهى.

وفي «الذخائر» أن تارك الصلاة إذا قلنا: لا يكفر؛ تدفع إليه الزكاة، وفي وجه: لا تدفع إليه إلا نفقة مدة الاستتابة، انتهى.

قال:

(فَصْلٌ):

مَنْ طَلَبَ زَكَاةً وَعَلِمَ الْإِمَامُ) أي: أَوْ مَنْصُوبُهُ لِتَفْرِقَتِهَا، أو القاضي، أو والي الإقليم.

قال: **(اسْتِحْقَاقَهُ أَوْ عَدَمَهُ عَمِلَ بِعِلْمِهِ)** قال الإمام الرَّافِعِي: ولم يخرجوه على القضاء بالعلم، وللتهمة محال هنا أيضًا، وفرق الشيخ في «شرح المهذب» بِأَنَّ الزَّكَاةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الرِّفْقِ وَالْمُسَاهَلَةِ، وَلَيْسَ فِيهَا إِضْرَارًا بِالْغَيْرِ بِخِلَافِ الْقَضَاءِ بِالْعِلْمِ. انتهى.

ويحتمل أن يفرق بين ما إذا انحصر المستحقون في البلد وعكسه، وقال ابن الرِّفْعَة: لعل سببه أن ذلك ليس بحكم، حتى ينحى به نحو الأحكام؛ إذ لو كان كذلك لم يجز للمالك الصرف إلا بعد ثبوت الاستحقاق، انتهى.

وقد تعرض لذلك الإمام في بعض الأصناف فقال: من ادعى حالة يعلم صدقه بالتواتر فللمالك الدفع إليه وكذا للحاكم، إن قلنا: يقضي بعلمه وإن

وَإِلَّا فَإِنِ ادَّعَى فَقْرًا أَوْ مَسْكَنَةً لَمْ يُكَلَّفْ بَيِّنَةً، ....

منعناه ففي العلم المستند إلى التواتر قولان؛ إذ لا تهمة فيه، وفي «الإحياء» أن الفقير والمسكين يعطى بقوله؛ [بل يجوز اعتماد قوله إذ لا يعلم كذبه، وأما الغزو والسفر فأمر مستقل؛ فيعطى بقوله] فإن لم يف به استرد، وأما بقية الأصناف فلا بدَّ فيها من البينة، انتهى.

وهذا الإطلاق يفهم أنه لا بدَّ من البينة، وهو محمول على ما إذا جهل حاله.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يعلم استحقاقه ولا عدمه فينظر.

(**فَإِنِ ادَّعَى فَقْرًا أَوْ مَسْكَنَةً لَمْ يُكَلَّفْ بَيِّنَةً**) أي: لعسرها، قال الإمام حكايةً عن الأصحاب: وكذا لو ادعى أنه غير كسوب يقبل قوله، وإن كانت نيته مخالفة لدعواه؛ لأن كثيرًا من الناس أصحاب كسب ولا يتأتى منهم عمل يرد عليهم أقواتهم، ثم إن شهد ظاهر حالهما بصدقهما لم يحلفا، وكذا إن اتهما لقوة ونحوها على الأصح، وقيل: يحلفان ندبًا وهو الأحوط، وقيل: وجوبًا، وعبارة «البسيط»: والحاصل ثلاثة أوجه: لا يجوز التحليف، يجب التحليف، يستحب التحليف، انتهى.

وغلط من زعم أن صاحب «الحاوي الصغير» جزم بالوجوب، ولفظه: وحلف ندبًا إن اتهم، وكنت أود لو قيل: يحلفه الإمام ونحوه ولي المحجور دون من يفرق زكاة نفسه؛ بل في إعطاء الولي زكاة محجوره لمن ظاهر حاله عدم الفقر بدعواه، نظر.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وإذا كان ظاهر حاله مخالفًا لمسألته بأن كان قوي البدن حسن الهيئة فينبغي أن يقول له على طريق الوعظ، والإخبار بحال من تحل له الصدقة ما قاله النبي ﷺ للذين سألاه: «**إِنْ شِئْتُمَا أَعْطَيْتُكُمَا، وَلَا حَظَّ فِيهَا لِغَنِيٍّ، وَلَا لذي قوةٍ مُكْتَسِبٍ**»(١) فإن أقام على سؤاله ودعواه الاستحقاق؛ أعطاه لقوله ﷺ: «إن شئتما» وهل يحلف؟ وجهان فإن نكل وأوجبنا اليمين؛ لم يعط، وإلا أعطي.

---

(١) أخرجه أبو داود (١/ ٥١٣) وأحمد في «المسند» (٣٩/ ٥٥).

فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ وَادَّعَى تَلَفَهُ كُلِّفَ، وَكَذَا إن ادَّعَى عِيَالًا فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ وَادَّعَى تَلَفَهُ كُلِّفَ**) أي: بالبينة؛ إذ الأصل بقاؤه، قال الرَّافِعِي: ولم يفرقوا بين دعوى الهلاك بسبب خفي كسرقة، أو ظاهر كحريق، كصنيعهم في الوديعة ونحوها، قال المحب الطبري: والظاهر التفريق كالوديعة، وفرق ابن الرِّفْعَة بأن الأصل هناك عدم الضمان، وهنا عدم الاستحقاق.

تنبيهات: الأول: المراد بالمال الذي يكره أن يكون مما يمتنع الصرف إليه معه، أما لو كان قدرًا لا يعينه لم يطالب ببينة إلا على تلف ذلك المقدار، ويعطى تمام كفايته؛ فلا بينة ولا يمين كما سبق، حتى لو لم يقم ببينة أعطى تمام كفايته قطعًا، وما أحسن قول «التنبيه»: وإن عُرف رجل بالغنى، ثم ادعى الفقر والمسألة، وقدمت في التفليس كلامًا شافيًا في المطالبة بالبينة، وحيث لزمه الدين في مقابلة مال وادعى تلفه وذكرت تفصيلًا متعينًا، ويأتي مثله هنا، وبل أولى.

الثاني: قال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا قامت بينة بتلف ماله الذي عهدناه كفى شاهدان، أو شاهد وامرأتان، ولا يشترط كونهما من أهل الخبرة الباطنة، وإن شهدت بفقره وجب أن تكون من أهل الخبرة الباطنة ويكفي اثنان، وقيل: ثلاثة، وهو الجواب في «الإبانة» و«التتمة» وزيفه الإمام، وربما نذكر في «التنبيه» زيادة كلام من بعد، وودت لو اكتفى هنا بواحد سلوكًا بذلك مسلك الخير، ثم رأيت الْمَاوَرْدِيَّ قال: واختلف أصحابنا في الثلاثة، هل يكون شرطًا في بينة من ادعى فقره بعد غناه؟ على وجهين: فإن قلنا: نعم، فهل يكون شهادةً أو خبرًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: شهادة يراعى فيها عدالة الشهود.

والثاني: أنه خبر يراعى فيه صدق المخبرين لا عدالة الشهود.

قال: (**وَكَذَا إن ادَّعَى عِيَالًا فِي الْأَصَحِّ**)؛ لإمكان البينة، والثاني: يصدق بلا بينة، كما يصدق في فقره، نعم لا بدَّ من حلفه وجهًا واحدًا، ويحتمل أن

وَيُعْطَى غَازٍ وَابْنُ سَبِيلٍ بِقَوْلِهِمَا، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا اُسْتُرِدَّ، ....

يفرق في تكليفه البينة بين الغريب الوارد الذي لا يعرف عياله، وبين غيره، والمراد بالعيال مَن يلزمه نفقته، وفيه بحث لابن الرِّفْعَة.

قال: (**وَيُعْطَى غَازٍ وَابْنُ سَبِيلٍ بِقَوْلِهِمَا**) أي: بِلَا يَمِين عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ لِأَمْرٍ مُسْتَقْبَلٍ، فَإِنْ لَمْ يَفِيَا اُسْتُرِدَّ، وفي «البحر» في تحليفهما معًا وجهين، وفي «الحاوي» عن أبي إسحاق يحلف؛ إذ ربما يكون كاذبًا، ويتلف ما يأخذه ولا يجد مرجعًا، ونقله الإمام فيهما عن تخريج أبي علي قال: ويجيء الخلاف في أن التحليف إيجاب أم استحباب، قال ابن الرِّفْعَة: ويجوز أن يقال: إن الخلاف في ابن السبيل من أهل البلد، أما المجتاز فلا يحلف لشهادة ظاهر حاله بذلك، وفي الغازي بما إذا لم يعينه الإمام للغزو، فإن عينه فلا يحلف قطعًا.

قلت: وسبق عن نص «البويطي» عبارة مشكلة، وهي قوله: الذي لا يجد من يسلفه ولا يعرفه إلى آخره، وقد يؤخذ منها أنه إذا لم يجد من يعرفه أنه لا يقبل قوله في الحاجة، أو أنه ابن السبيل والله أعلم.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا اُسْتُرِدَّ**) أي: ما أخذاه؛ لانتفاء صفة الاستحقاق، ثم قيل: ويحتمل تأخير الخروج يومين وثلاثة، ولا يحتمل الزيادة.

قال الرَّافِعِي في «الشرحين»: ويشبه أن يجعل هذا على التقريب وأن يعتبر ترصده للخروج، وكون التأخير لانتظار الرفقة، وإعداد الأهبة ونحوها.

قلت: ويلتحق بهذا ما لو حبسه ثلج، أو مطر شديد، أو خوف طريق، نعم لو خيف إتلاف ما أخذه في مدة انتظار الخروج فهذا محل نظر.

وقال الْبَغَوِي: الصرف إليه حالة ما يريد الخروج، واشتغل بأسبابه، وكذلك قال الرَّافِعِي: إنما يعطى الغازي إذا حان وقت خروجه لتتهيأ به أسباب الخروج إلى آخره، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: وإذا لم يخرج فإن كان عام الزكاة باقيًا خيِّر بين الرد والغزو وإن كان منقضيًا طولب بالرد عينًا؛ لِأَنَّ زَكَاةَ كُلِّ عَام مُسْتَحَقَّةٌ لِأَهْلِهَا فِي ذَلِكَ الْعَامِ لَا فِي غَيْرِهِ، قال: فَإِنْ لَمْ يَسْتَرْجِعْ مِنْهُ حَتَّى سَافَرَ

....

وَغَزَا فِي الْعَامِ الثَّانِي نَظَرَ، فَإِنْ كَانَ قَدْ أَخَذَ فِي الْعَامِ الثَّانِي مِنْ زَكَاةٍ ثَانِيَةٍ اسْتَرْجَعَ مِنْهُ مَا أَخَذَهُ فِي الْعَامِ الْأَوَّلِ، وإلا فلا.

تنبيه: كلامه يفهم بأنهما إذا خرجا لذلك لا يسترد شيء، وليس على إطلاقه؛ بل إن خرج الغازي وغزا ولم يفضل معه شيءٌ فلا كلام، وإن فضل شيء فأطلق في «الشامل» وغيره القول: بأنه لا يؤخذ منه، فإنا إنما دفعنا إليه الكفاية، فالفاضل من تضييقه على نفسه، وكذلك أطلق الدارمي بأنه لا يسترد منه بلا توجيه.

وقال الرَّافِعِي: وإذا لم يقتر على نفسه، وكان الباقي شيئًا صالحًا فيسترد منه؛ لأنه تبين أن المعطى فوق حاجته، وإن قتر على نفسه، أم لم يقتر، إلا أن الباقي شيء يسير، فلا يسترد، ومثله في ابن السبيل يسترد على المشهور، انتهى.

وقال الدارمي في ابن السبيل: فإن أخذ ففضل عنه؛ لرخص أو تقتير استرجع، وكذلك الفقير، والمسكين، إن أعطيناهم شيئًا، ثم تبينا أن غناهم بأقل استرجعنا الفاضل، ولا يسترجع من الغازي ما فضل عن غزوه، انتهى.

وإن خرج ولم يغز، فقد أطلق الْبَنْدَنِيجِي وابن الصباغ وغيرهما القول: باسترداد ما أخذه، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن لم يتصل ببلاد الحرب استرد منه، وكذا إن رجع بعد وصولها وقد قَاتَلَ غَيْرُهُ دُونَهُ، وإن لم يقاتل غيره؛ لِبُعْدِ الْعَدُوِّ منهم فَرَجَعُوا؛ اسْتَحَقَّ ولم يسترجع منه شيء؛ لأن المقصود بغزوهم الاستيلاء على ديارهم، وقد وجد ببعدهم، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: إذا مات في الطريق، أو امتنع من الغزو؛ استرد منه ما بقي، وهو يدل على أنه لا يسترد جميع ما أخذه، وهو مخالف لما سبق، وظاهر في حال موته دون امتناعه، قاله ابن الرِّفْعَة.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: لو أخذ ابن السبيل نفقة سفره، ثم أفاد مالًا أخذ منه ما أخذه، وَلَوْ أَخَذَ نَفَقَةَ سَفَرِهِ إِلَى غَايَةٍ قَدْرُهَا مِائَةُ فَرْسَخٍ فَسَافَرَ شَطْرَ الْمَسَافَةِ، ثُمَّ قَطَعَ سَفَرَهُ، نَظَرْنَا فِي نَفَقَتِهِ، فَإِنْ كَانَ أَنْفَقَ فِي شَطْرِ الْمَسَافَةِ جَمِيعَ نَفَقَتِهِ نُظِرَ،

وَيُطَالَبُ عَامِلٌ وَمُكَاتَبٌ وَغَارِمٌ بِبَيِّنَةٍ، وَهِيَ: إِخْبَارُ عَدْلَيْنِ، وَيُغْنِي عَنْهَا الِاسْتِفَاضَةُ،

فَإِنْ كَانَ قَدْ فَعَلَ ذَلِكَ لِغَلَاءِ سِعْرٍ، أَوْ زِيَادَةِ مُؤْنَةٍ لَمْ يُسْتَرْجَعْ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ لِسرْفٍ فِي شَهْوَةٍ وَإِكْثَارٍ اسْتُرْجِعَتْ مِنْهُ نَفَقَةُ الْبَاقِي مِنْ سَفَرِهِ، كَمَا لَوْ لَمْ يُسَافِرْ وَأَنْفَقَ المأخوذ فِي مُقَامِهِ؛ اسْتُرْجِعَ المأخوذ مِنْهُ جَمِيعًا.

قال: (**وَيُطَالَبُ عَامِلٌ، وَمُكَاتَبٌ، وَغَارِمٌ، بِبَيِّنَةٍ**)؛ لأن إقامتها تسهل عليه غالبًا، (**وَهِيَ: إِخْبَارُ عَدْلَيْنِ**) أشار بلفظة: «إخبار» إلى أنه لا يعتبر هنا الدعوى، وسماع القاضي والإنكار، ثم الشهادة بلفظها، وقيل: إذا أخبر واحد معتمد قوله كفى، وهذا ما تمنيته من قبل.

قال الإمام: ورأيت لِلْأَصْحَابِ رَمْزًا إِلَى تَرَدُّدٍ فِي أَنَّهُ لَوْ حَصَلَ الْوُثُوقُ بِقَوْلِ مَنْ يَدَّعِي الْغُرْمَ وَغَلَبَ عَلَى الظَّنِّ صِدْقُهُ هَلْ يَجُوزُ اعْتِمَادُه؟

قلت: جواز اعتماده فيمن يتولى دفع زكاة نفسه محتمل؛ لأن من أدى زكاة غيره بولاية عامة، أو خاصة كولي، وصبي، ووكيل إلا أن يكون الكلام فيما تولاها الإمام، أو نائبه؛ لا مطلقًا.

قال: (**وَيُغْنِي عَنْهَا**) أي: عن البينة.

(**الِاسْتِفَاضَةُ**) أي: لحصول العلم وغلبة الظن بها.

قال الرَّافِعِي: وكلام «الوسيط» يوهم أن إلحاق الاستفاضة مختص بالمكاتب والغارم؛ ولكن الوجه تعميم ذلك في كل مطالب بالبينة من الأصناف.

قلت: وهو قضية قوله في «البسيط» حيث قال بعد مطالبته المكاتب والغارم بالبينة: وإن انتشر واستفاض كونه مَدْيُونًا أَوْ مُكَاتَبًا، وحصل غلبة الظن؛ فلا بأس.

وقال في «الإحياء»: يقبل قول الآخذ في الفقر، والمسكنة، وإرادة الغزو، والسفر، وأما بقية الأصناف فلا بدَّ فيها من البينة، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: لا يقبل قول المكاتبين فِي دَعْوَى الْكِتَابَةِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ بِهَا وَبِالْبَاقِي مِنْهَا.

تنبيهات: منها: قيد ابن الرِّفْعَة مطالبة الغارم بالبينة إذا كان الغرم لمصلحة

....

نفسه، قال: وأما الغارم لإصلاح ذات البين فاشتهاره يغني عن البينة، وأخذه من قول الماوردي: وأما الغارمون فالمستدين لإصلاح ذات البين فَحَالُهُ فِيهِ أَظْهَرُ مِنْ أَنْ يُكْلَفَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَإِنْ شُكَّ فِي قَضَائِهِ الدَّيْنَ مِنْ مَالِهِ أُحْلِفَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ، وَمَنْ أَدَانَ فِي مَصْلَحَةِ نَفْسِهِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، انتهى.

وفي «البيان» أنه لا بدَّ من البينة، وَهُوَ قَضِيَّةُ كَلَامِ «الْإِحْيَاءِ»، وَلَعَلَّ هَذَا فِيمَنْ لَمْ يَسْتَفِضْ غُرْمُهُ لِذَلِكَ، وقد يفرق بين غارم للدم ونحوه، والغارم للمال، فإن الأول يشتهر غالبًا بخلاف الثاني، وَيَرْجِعُ الْكَلَامُ إِلَى أَنَّهُ إِنْ اشْتَهَرَ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى الْبَيِّنَةِ وَإِلَّا احْتَاجَ كَالْغَارِمِ لِمَصْلَحَتِهِ.

ومنها: مطالبة العامل بالبينة فيه نظر؛ لأنه إن فرق المالك أو نائبه لنفسه لغى سهم العامل، وإن تولاها الإمام وهو يعلم بالأجرة حقيقة الحال لا جرم، قال القاضي الحسين: إن العامل لا يطالب بالبينة؛ لأن الإمام هو الذي استعمله، فإن عمل استحق، وإلا فلا، ونحوه قول غيره: عمله يغنيه عن البينة، إذا أحضر الأموال.

ومنها: يأخذ، نعم لو كان الإمام قد استأجره من خمس الخمس، فادعى قبض الصدقات، وتلفها في مدة بلا تفريط، وطلب الأجرة لم يُصدق إلا ببينة، قاله ابن الرِّفْعَة.

ومنها: ذكروا هنا حديث: «**حتى يقول ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ**»(١) مستدلين به على الاكتفاء بالاستفاضة.

قال القاضي الحسين: وإنما قال ثلاثة؛ ليعلم أن القصد ليس إقامة بينة عادلة، وإنما القصد به السامع حتى لو أخبره رجل واحد بفقره، أو نساء، أو عبيد قبلوا.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٧٧، رقم ١٥٩٥٧) ومسلم (٢/ ٧٢٢ رقم ١٠٤٤) وأبو داود (٢/ ١٢٠، رقم ١٦٤٠)، والنسائي (٥/ ٨٩، رقم ٢٥٨٠)، وابن حبان (٨/ ١٩٠، رقم ٣٣٩٦).

وَكَذَا تَصْدِيقُ رَبِّ الدَّيْنِ وَالسَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالْمِسْكِينُ كِفَايَةَ سَنَةٍ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ، وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ كِفَايَةَ الْعُمْرِ الْغَالِبِ ....

قال ابن الرِّفْعَة: والذي دلَّ عليه الخبر إثبات الحاجة والفقر فقط، وأما الدين فلا يثبت بالاستفاضة قطعًا، وقال الشيخ أبو علي في الاستفاضة: إن بلغت حد التواتر اعتمد عليها، وإلا فلا، انتهى.

وإن أراد ابن الرِّفْعَة أن الدين لا يثبت عند الحاكم، ويلزم به الاستفاضة فذاك؛ لكنه أَجْنَبِيٌّ عَمَّا نحن فيه، وإن أراد أن الاستفاضة لا تكفي هنا، فكلام «البسيط» السابق وغيره ينازعه.

قال: (**وَكَذَا تَصْدِيقُ رَبِّ الدَّيْنِ وَالسَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ**) لظهور الحق بالإقرار والتصديق، والثاني: لا، وصححه الجرجاني وغيره، وربما جزم به بعضهم؛ لاحتمال التواطؤ، ويحتمل أن يقال: إن كان السيد ورب الدين ثقتين غير متهمين كفى تصديقهما، وإلا فلا، ولا سيما إذا كانا قد عُرفا بالمكر والحيل.

فرع: لم يذكر المصنف، هل يعطى المؤلَف بقوله؟

قال الجمهور: إن قال: نيتي في الإسلام ضعيفة قبل؛ لأن قوله يصدقه، وإن قال: أنا شريف مطاع في قومي طولب ببينة، وأطلق جماعة أنه مطالب بالبينة، والظاهر الاكتفاء بالاستفاضة أنه مطاع في قومه، والله أعلم.

قال: (**وَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالْمِسْكِينُ**) إذا لم يحسنا التكسب بحرفة تليق بهما، ولا تجارة (**كِفَايَةَ سَنَةٍ**)؛ لأن الزكاة تتكرر فيحصل بها الكفاية سنة بعد سنة، وأيّد بـ«أنه ﷺ كان يدخر قوت سنة لا غير»[1] وهذا ما اختاره ابن القاص، والْبَغَوِي، والْغَزَالِيُّ، ورجحه الإمام.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ**) أي: في «الأم».

(**وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ: كِفَايَةَ الْعُمْرِ الْغَالِبِ**) لأن به تندفع حاجته.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٩٠٤) بنحوه، ومسلم (١٧٥٧) بنحوه.

فَيَشْتَرِي بِهِ عَقَارًا يَسْتَغِلُّهُ، وَالله أَعْلَمُ.

قال الإمام: وهذا قد ينبو عنه القلب قليلًا؛ لأنه إن كان ابن خمس عشر سنة؛ أدى إلى أن يجمع له مالًا جمًّا لا يليق بقواعد الكفايات في مطرد العادات، والقريب من الفقه أن يُعطى ما يمكن أن ينصب به غلامًا يحسن التجارة؛ لتحصل به كفايته، فإن عسر هذا؛ فالظاهر أنه لا يزاد على مؤنة سنة، وأشار الْمُتَوَلِّي إلى رفع الخلاف، وتنزيل كلام الفريقين على حالين، وقال: إن أمكن أن يعطى ما يحصل به كفاية العمر أعطي، وإلا أعطي كفاية سنة، قال الرَّافِعِي: وهو غير متجه؛ لأنا وإن لم نقدر على أن نعطيه كفاية سنة، فلا بدَّ أن نعطيه ما دونها، وحينئذٍ لا معنى للضبط بالسنة، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا الرد على الْمُتَوَلِّي لا يكاد يتجه.

قال مفرعًا على المنصوص: **(فَيَشْتَرِي بِهِ عَقَارًا يَسْتَغِلُّهُ، وَالله أَعْلَمُ)** لتحصل به كفايته، قال الرَّافِعِي: ومنهم من يشعر كلامه بأنه يعطى ما ينفق عليه مدة حياته، والأولى أقرب، وقال المصنف: إنه الصحيح أو الصواب.

قلت: بل فيه نظر وإشكال بيِّن؛ بل اعتبار كفاية العمر الغالب بعيد لا يشهد له خبر ولا أثر؛ بل ظاهر أحوال السلف تأباه، وأيضًا فمَنْ يُعطى كفاية عمره غالبًا، إنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ أَمْكَنَ أَنْ يُقَالَ: يَشْتَرِي لَهُ وَلِيُّهُ بِذَلِكَ عَقَارًا يَسْتَغِلُّهُ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ لَهُ، وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي عَدَمِ الشِّرَاءِ لِجَلَاءِ أَهْلِ النَّاحِيَةِ، أو إِشْرَافِهَا عَلَى الخراب، ويكون النظر له في التجارة بحسب الوقت، وإن كان المستحق رشيدًا فلا بدَّ من الدفع إليه، وحينئذٍ يملكه بالأخذ لا محالة فإن كان المراد أنا نأمره بذلك أمر إرشادٍ وَالْخِيَرَةُ إِلَيْهِ فِيهِ فقريب، ولا يبقى خلاف محقق، وإن أريد أنا نجبره عليه فهذا خروج عن القواعد، وقد تكون المصلحة الظاهرة خلاف الشراء.

وعبارة القاضي أبي الطيب في «المجرد» تفهم أن الإمام يشتري لهم ذلك بخلاف ما اقتضاه كلام المصنف، وهو بعيد، فَإِنَّهُ قَالَ: قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَا فرق فِيمَا يُعْطَى الْفَقِيرُ إِلَّا مَا يُخْرِجُهُ مِنْ حَدِّ الْفَقْرِ إِلَى الْغِنَى قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ، فإن يُرِيدُ بِهِ أَنَّ الْغِنَى هُوَ الْكِفَايَةُ عَلَى الدَّوَامِ فَيُدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا يَجْعَلُهُ رَأْسَ مَالٍ

....

وَيَكْفِيه فَضْلُهُ لِمُؤْنَتِهِ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ الَّذِينَ لَا يُحْسِنُونَ التِّجَارَةَ اشْتَرَى لَهُمْ مَا يَغُلُّهُمْ كِفَايَتَهُمْ عَلَى الدَّوَام، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْحِرْفَةِ اشْتَرَى لَهُمْ آلَاتِهِمْ إِلَى آخِرِهِ، وَهَذَا غَايَةٌ فِي الْبُعْد، فَإن أراد أَنَّهُ يُشْتَرَى لَهُمْ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ، وَقَبْلَ الدَّفْعُ إِلَيْهِمْ أَوْ بَعْدَهُ جَبْرًا لِمُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، ولا شك في بعده.

وقد يكون المستحق من أهل النجعة، والبادية البعيدين عن القرى والاشتغال، ولا شك أنه يصرف إليهم، وإلى غيرهم زكاة الماشية ماشية، وقد يستعينون بدرِّها، ونسلها، وصوفها كعادة أهل البادية وبعض أهل الحاضر، ولا شك أنه لا معترض عليهم في ذلك، ولا يخالف فيه فيما أعلم أحد أصلًا، فتأمل ما ذكرته وتدبره.

وأما إذا كان يحسن الكسب فالذي قاله معتبر، والكفاية على الدوام أن المحترف يعطى ما يشتري به آلة حرفته.

قلت: قيمتها أو كثرت والتاجر يعطى رأس مال ليشتري ما يحسن التجارة فيه ويكون قدر ما يفي ربحه بكفايته غالبًا، وقربوه بالمثال فقالوا: البقلي - بالباء الموحدة - يكتفي بخمسة دراهم، والباقلاني يكتفي بعشرة، والفاكهي بعشرين، والخباز بخمسين، وَالْبَقَّالُ: وهو القاضي في عُرف «الشام» بمائة، والعطار بألف، وَالْبَزَّازُ بألفي درهم، والصيرفي بخمسة آلاف، والجوهري بعشرة آلاف.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: الناس أربعة أصناف: صناع، وتجار، وأرباب عقار، وأرباب مواشي، فالصناع كالفلاح، والملاح، والبحار، والبنَّاء؛ فإن يكتسب بصناعته قدر كفايته على الدوام، وكفاية من تلزمه نفقته حرمت عليه الزكاة، وإلا حل له من الزكاة تمام كفايته، وأما التجار فَإِنْ كَانَتْ بِضَاعَةُ الْوَاحِدِ مِنْهُمْ تُرْبِحُهُ غَالِبًا قَدْرَ كِفَايَتِهِ كَانَ غَنِيًّا، وَإِنْ لم تُرْبِحُه قَدْرَ كِفَايَتِهِ كَانَ فَقِيرًا، وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الزَّكَاةِ مَا إِذَا ضَمَّهُ إِلَى بِضَاعَتِهِ رَبِحَ فيها قَدْرَ كِفَايَتِهِ، وَذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ اخْتِلَافِهِمْ فِي مَتَاجِرِهِم، ثم ساق ما قدمناه في البقلي ومن بعده إلى أن

....

قال: وإن ملك أقل من ذلك حلَّ له أن يأخذ من الزكاة تمام كفايته التي يكتفي بربحها حتى أن البقلي إذا ملك خمسة دراهم هي كفايته كان غنيًا، والجوهري إذا ملك تسعة آلاف درهم دون كفايته كان فقيرًا أو مسكينًا، وكذلك القول في أصحاب العقار، والمواشي إن كان يستقل منه قدر كفايته فغني، والأجل له منها ما يشتري به من العقار والمواشي ما إذا ضمه إلى ماله اكتفى بغلته على الدوام، انتهى ملخصًا وفيه فوائد وإشكال.

وكيف يعطى صاحب الألوف الحاصلة بيده من الزكاة ويعد فقيرًا؟

وقضية كلامه أنه لو كان لا يقوم بكفاية الجوهري وعياله إلا ربح مائة ألف مثلًا، ومعه تسعون ألفًا، أنا ندفع إليه تمام مائة ألف، ولا يخفى بعد هذا، ويجب أن يقيد ما أطلقوه بما إذا كان لا يحسن غير تلك الحرفة، أما لو كان يحسن غيرهما مما يليق به، ومؤنتها أيسر ألا يدفع إليه إلا ما تندفع به حاجته من أدنى الحرفتين آلة ورأس مال، والله أعلم.

فائدة: عجلتها خشية ألا يمتد الأجل إلى محلها، قال في «أصل الروضة» في كفارة اليمين: ومن له أن يأخذ سهم الفقراء أو المساكين من الزكوات أو الكفارات له أن يكفِّر بالصوم؛ لأنه فقير في الأخذ، فكذا في الإعطاء، وكذا من يملك نصابًا ولا يفي دخله بخرجه فيلزمه الزكاة، وله أخذها، انتهى.

وقال في كفارة الظهار: إن من ملك عبدًا أو ثمنه فاضلًا عن حاجته؛ لنفقته، وكسوته، ونفقة عياله وكسوتهم، وعن المسكن، وما لا بدَّ له منه من الأثاث؛ لزمه العتق، ولم يقدر الأصحاب للنفقة والكسوة مدةً، ويجوز أن تعتبر كفاية العمر الغالب، ويجوز أن تعتبر كفاية سنة؛ لأن المؤنات تتكرر فيها، ويؤيده أن الْبَغَوِي قال: يترك له ثوب الشتاء وثوب الصيف.

قال: قلت: هذا الثاني هو الصواب والله أعلم.

وفي «فتاوى ابن الصلاح» في كتاب الزكاة: أن المسكين هو من لا يملك كفاية سنة، وهو في «فتاوى المصنف» بخطه عن المشهور، وهو جري منهما

وَإِلَى الْمُكَاتَبِ وَالْغَارِمِ قَدْرُ دَيْنِهِ، وَابْنِ السَّبِيلِ مَا يُوَصِّلُهُ مَقْصِدَهُ أَوْ مَوْضِعِ مَالِهِ،

على القول باعتبار السنة، إذا علمت هذا ففي تصويبه - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - نظر من حيث النقل.

قال في «البيان»: وإذا لم يكن معه رقبة، وله مال لا يفضل عن كفايته، وكفاية من تلزمه كفايته على الدوام لا يلزمه شراء الرقبة، وله الانتقال إلى الصوم هذا مذهبنا، ووافقنا عليه أبو حنيفة، وقال في «الشامل»: إن فضل عن كفايته لزمه الإعتاق، ويراعى في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة، وصرَّح كفارة اليمين باعتبار الكفاية على الدوام، ونقل ابن الرِّفْعَة في كفارة الظهار أن الأصحاب قالوا على ما حكاه المحاملي وغيره في كفارة اليمين: إن الرجل إذا لم يكن له كفايته على الدوام فإنه تحل له الصدقة، والكفارة بسهم الفقراء في كفارة اليمين، ولا يلزمه التكفير بالمال؛ بل فرضية الصيام، ونقل في كفارة اليمين عن صاحب «الحاوي» وجماعة باعتبار كفاية وقته، قال: فحصل خلاف في أن المعتبر كفاية العمر أو الوقت، انتهى.

والمشهور في كتب العراقيين الأول، ورأيت في أوائل الحج من «النهاية» ما لفظه: والمعتبر في الفطرة ما يفضل عن قوت اليوم، وهذا هو المراعى في الكفارات المرتبة إن لم يشترط فيها تخليف رأس المال، انتهى.

فنبَّه على أنا إذ أبقينا له رأس المال كما نقله المصنف عن الجمهور أنه تعتبر كفاية العمر، والحاصل أن مَنْ اعتبر كفاية العمر على الدوام في الزكاة اعتبرها في الكفارة إلا من شذَّ، فيظهر أن اعتبار السنة في الكفَّارات غريب لا كما صوبه المصنف - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى -.

قال: (**وَإِلَى الْمُكَاتَبِ وَالْغَارِمِ: قَدْرُ دَيْنِهِ**) أي: إن احتمله المال، وإلا فما احتمله منه فإن قدرا على بعضه أعطيا الباقي منه لا حيث يعطى الغارم للإصلاح مع الغنى، فيعطى الجميع في الحالين عند المكنة ولا عبرة بالكفاية الفاسدة على الصحيح المنصوص، وبه جزم المصنف هناك.

قال: (**وَابْنِ السَّبِيلِ: مَا يُوَصِّلُهُ مَقْصِدَهُ أَوْ مَوْضِعِ مَالِهِ**) أي: إذا كان له في

وَالْغَازِي قَدْرُ حَاجَتِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً ذَاهِبًا وَرَاجِعًا وَمُقِيمًا هُنَاكَ ....

الطريق مال، فإن كان معه بعض ما يكفيه أو يمكنه اقتراضه كما سبق بما فيه كمل له كفايته ذهابًا، وكذا رجوعًا إن كان عازمًا على الرجوع، وليس له في القصد، ولا طريقه ما يغنيه عن الزكاة، وقيل: إنما يعطى للرجوع عند العود لا ابتداء، وهو أحوط إذا كان يتيسر إعطاؤه هناك، وقيل: إن عزم على أن يصل الرجوع بالذهاب [أُعطي، أو على الإقامة مدةً، فلا فعلى الأول إن لم يزد على مقام المسافر وهو مادون أربعة أيام] أُعطي لها وللرجوع، وإلَّا فلا، وقيل: إذا أقام لحاجة يتوقعها أُعطي، وإن زادت إقامته على إقامة المسافر فعلى هذا يعطى المدة التي يترخص فيها المسافر هناك على ما فيه من الخلاف، وسبق كلام شافٍ في القادر على الاقتراض، أو على الكسب في طريقه، ويشبه أن يقال: كل من جعلناه مستطيعًا به للحج ألا يعطى هنا شيئًا وأولى، وسيأتي بيان ما يعطاه من مؤناته بما فيه.

قال: (**وَالْغَازِي: قَدْرُ حَاجَتِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً ذَاهِبًا وَرَاجِعًا وَمُقِيمًا هُنَاكَ**) أي: لحاجة الغزو من قتال وحصار ورباط ونحوها، وإن طال مقامه؛ لكن في الابتداء لا يعرف مدة مقامه فيحتاج إلى تحرير، وقد يقال: يعطى في الابتداء لِأَقَلِّ مُدَّةٍ يُظَنُّ إِقَامَتُهُ هُنَاكَ، وَإِنْ زَادَتْ الْمُدَّةُ زِيدَ بِحَسَبِهَا؛ لَكِنْ قَدْ يَجُرُّهُ ذَلِكَ إِلَى نَقْلِ الزَّكَاةِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَصَرْفِهَا هُنَاكَ، وَقَدْ يُغْتَفَرُ هَذَا لِلْحَاجَة، أو يقال: إن النقل إنما يمتنع على غير الإمام كما سيأتي بيانه.

واعلم أن عبارة الصيمري في «شرح الكفاية»: فيعطى الغازي، وإن كان غنيًّا قدر ما يبلغه مغزاه من كسوة، وسلاح، ونفقة، فإن اتسع المال أُعطي الخيل، وظاهرها أنه يُعطَى نفقة الرجوع، والإقامة، وهو بعيد.

قال الرافعي وفي بعض شروح «المفتاح»: إنه يُعطَى نفقة عياله ذهابًا ومقامًا ورجوعًا، وسكت المعظم عن نفقة العيال؛ ولكن إعطاؤه إياها ليس بعيدًا.

قلت: وبإعطائه إياها جزم القاضيان الفارقي، وابن أبي عصرون تلميذه، والظاهر أن الفارقي قاله تفقهًا، وصرح الشيخ أبو عمرو الْمُصْعَبِيُّ فِي «شَرْحِ

وَفَرَسًا وَسِلَاحًا، وَيَصِيرُ ذَلِكَ مِلْكًا لَهُ، ....

مُخْتَصَرِ الْجُوَيْنِيِّ» بأنه لا يعطاها، ويوافقه قول الإمام هنا، والضابط أن أهل هذا السهم من المطوعة كأهل الفيء من المرتزقة، غير أنا قد نعطي أولاد المرتزقة ولا نفعل ذلك في المطوعة، وقصر الجمهور الكلام على مؤن نفسه، وترددهم في إعطائه كفاية سفره، أو ما زاد بسبب السفر يشير إلى المنع، ولِمَ لا يقال: إن رضي الموسر بالغزو[1] بدون نفقة عياله لم يعطها، وإلا أعطيها إن رأى الإمام ذلك لشجاعته أو غيرها؛ لأنا نعطيه لحاجتنا إليه كالأجير.

وأشار في «الكافي» إلى أن ما يأخذه المطوع كالعوض فلا يسترد منه إذا غزا، وإن كان باقيًا.

قال: (**وَفَرَسًا**) أي: إن كان ممن يقاتل فارسًا، وعبارة بعضهم إن كان من يحسن القتال فارسًا.

(**وَسِلَاحًا**) زاد في «المحرر» يشتريان له، والأحسن حذف ذلك لما يستغرقه.

قال: (**وَيَصِيرُ ذَلِكَ مِلْكًا لَهُ**) أي: ما وقع إليه لشراء ذلك لنفسه، أو دفع الإمام إليه ذلك تمليكًا، فإن اشتراه أو كان حاصلًا عنده إذا رأى ذلك، فإنه يتعين دفعها تمليكًا؛ بل الإمام كما قال الرَّافِعِي: بالخيار إن شاء دفع الفرس والسلاح إليه تمليكًا، وإن شاء استأجر له مركوبًا، وإن شاء اشترى خيلًا من هذا السهم ووقفها في سبيل الله فيعيرهم إياها عند الحاجة، فإذا انقضت استردت.

قال: وفيه وجه أنه لا يجوز أن يشتري لهم الفرس والسلاح قبل وصول المال إليهم، انتهى.

وبهذا الوجه جزم كثير من العراقيين أو أكثرهم، وهو الأقوى الأقيس، وقال الرَّافِعِي: إنه قضية ما في «تعليق الشيخ أبي حامد»، والمذكور في «الكافي» و«التهذيب» أنه يدفع إليه ما يشتري به الفرس، وما يقاتل به من السلاح ونحوه.

(١) في نسخة: (الموسر بدون الفيء وبدون نفقة عياله).

وَيُهَيَّأُ لَهُ وَلِابْنِ السَّبِيلِ مَرْكُوبٌ إنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا أَوْ كَانَ ضَعِيفًا لَا يُطِيقُ الْمَشْيَ،

قال في «الكافي»: ولو أعطي ثمن الفرس فاستأجر فرسًا يجوز.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إِنْ كَانَ الْجِهَادُ فِي بَلَدِهِمْ أُعْطُوا النَّفَقَةَ وَالسِّلَاحَ، وإن كان بغيره أعطوا النفقة والسلاح، وَالْحَمُولَةَ الَّتِي تَحْمِلُهُم وَرِحَالَهُمْ، إِمَّا فِي مَاءٍ أَوْ عَلَى ظَهْرٍ، ثُمَّ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونُوا فُرْسَانًا أَوْ رَجَّالَةً، فَإِنْ كَانُوا فُرْسَانًا أُعْطَوْا نَفَقَاتِ خَيْلِهِمْ ومُؤْنَتِهِمْ ذهابًا وإيابًا، وَإِنْ كَانُوا رَجَّالَةً لَا خَيْلَ لَهُمْ، فَإِنْ كَانُوا لَا يُقَاتِلُونَ إِلَّا رَجَّالَةً عَلَى الْأَرْضِ لَمْ يُعْطَوْا [الْخَيْلَ، وَإِنْ كَانُوا يُقَاتِلُونَ فُرْسَانًا أُعْطُوا الْخَيْلَ إِذَا عَدِمُوهَا، ثم إن كان المعطي رب المال أعطاهم أثمان] الخيل والسلاح ليشتروه لأنفسهم، وليس له شراؤه لهم؛ لأنه يبقى إذًا قيمة، وهو لا يجوز، وإن كان دافعها الوالي فهل هو كربِّ المال، أم يجوز أن يتولى شراء ذلك لهم؟ فيه وجهان، والفرق أن له ولايةً عليهم؛ بخلاف رب المال، وبالأول قال ابنَ أبي هريرة، وأبو إسحاق، انتهى، وفيه فوائد.

وقال في «التعجيز»: وللغازي فرس وسلاح، وبه قال في «شرحه» أي: يستعيره، ثم يعطيه أو يشتريه بسهم الغزاة، ولا نفقة، ثم يعيره إياه، فإن إعطاءه إياه ذلك عاريةً غير إعطائه إياه وقفًا، لا كما اعتقده الإمام الرَّافِعِي، انتهى.

وهو ملخص في كلام الإمام، والْغَزَالِي، وعبارة الإمام: وإن كان فارسًا حصل له فرسًا؛ فإن رأى اشترى فرسًا وسيلةً، حتى إذا أنجز الحرب كان عبدًا للغزاة، وإن شاء استأجر له فرسًا، وإن أحب استعاره، وإن رأى أن يملكه الفرس؛ لعلمه بفاقته وغنائه، فعلى ذلك، وذكر في «البسيط» نحوه، وكذا نقله ابن الرِّفْعَة عن المراوزة، وقضيته أنه لا يملك ذلك لكل غازٍ، ولا خفاء أن تخيير الإمام هنا تخيير نظر واجتهاد لاتخيير تَشَهٍّ، وأطلق الرُّويَانِيّ في «البحر» القول بأن الإمام لا يعطيه البهيمة من خيلٍ، ولا بغلٍ، ولا حمارٍ؛ لأنها لا تؤدى في الزكاة، ولا يجوز لنا أن نشتري من مال الصدقات، وإنما نعطيه مالًا يشتري الغازي ذلك لنفسه، انتهى.ولم يذكر سواه والله أعلم.

قال: (**وَيُهَيَّأُ لَهُ وَلِابْنِ السَّبِيلِ مَرْكُوبٌ إنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا أَوْ كَانَ ضَعِيفًا لَا يُطِيقُ الْمَشْيَ**) واعلم أن قول «المنهاج» وأصله: «ويهيأ له» أنه يهيأ للغازي

وَمَا يَنْقُلُ عَلَيْهِ الزَّادَ وَمَتَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْرًا يَعْتَادُ مِثْلُهُ حَمْلَهُ بِنَفْسِهِ، ....

مركوب غير ما سبق ذكره من إعطائه الفرس، ولم يذكرا ذلك في «الشرح» و«الروضة» بل اقتصرا على ذكر الفرس كما سبق، وذكرا تهيئة المركوب لابن السبيل فقط، واقتصر صاحب «تهذيب المحرر» على لفظ: «ويشترى له الفرس والسلاح» وأضرب عن ذكر تهيئة مركوب، وقد يوجه ما في «المحرر» بتوفير الخيل إلى وقت الحرب؛ إذ لو ركبوها من دارنا إلى دار الحرب ربما كلَّت وعجزت عن الكرِّ والفرِّ حال المطاردة والقتال، ولا سيما إذا بعد المغزي، ولم يحضرني في ذلك تصريح للأصحاب؛ بل قضية كلام كثير منهم أن مركوبه هو الفرس الذي يعطاه، نعم تهيئة المركوب لمن يغزو راجلًا ظاهر إن كان الحال كما وصفناه، وحينئذٍ إن لم يساعد نقل على تهيئة مركوب خارج عن الفرس للفارس؛ تعين التفصيل، والفرق في تهيئة المركوب بينه وبين الراجل، فتأمله.

قال: (**وَمَا يَنْقُلُ عَلَيْهِ الزَّادَ وَمَتَاعَهُ**) أي: لحاجته إليه.

(**إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْرًا يَعْتَادُ مِثْلُهُ حَمْلَهُ بِنَفْسِهِ**)؛ لانتفاء الحاجة، وكما يعطى ابن السبيل نفقته يعطى الكسوة إن احتاج إليها بحسب ما يقتضيه الحال صيفًا وشتاءً، ويهيأ له المركوب إن كان السفر طويلًا أو كان ضعيفًا لا يطيق المشي، أو كان السفر في البحر ونحوه، وأطلق بعضهم: أن القوي على المشي في البر لا يعطى أجرة مركوب، ولم يفرقوا بين من عادته المشي وغيره، ولا بين من نقص منه لمنصبه وغيره.

وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ أنه يُعطى أجرة مركوب، ونقلا عن السرخسي أنه إن ضاق المال أُعطي كِرَاء مركوب، وإن اتسع اشْتُرِيَ له، فإذا تم سفره ففي استرداده منه وجهان، جواب عامة الأصحاب منهما الاسترداد.

إشارة: نذكر هنا ما سبق فيمن يمكنه الاقتراض إلى وصوله ماله، وفي القادر على الكسب في طريقه، وفرق بين سفر النزهة وغيره، وبعيد عندي بل محال أن يهيأ من الزكاة للمتنزه نفقة، وكسوة، وحمولة زادٍ، وأمتعةٍ، ومركوبٍ، ولو أُشتري كما تضمنه إطلاق كلام «الشرح» و«الروضة»، ولا أحسب أحدًا يسمح بهذا، أن الزكاة تصرف على البطَّالين في رعونات

وَمَنْ فِيهِ صِفَتَا اسْتِحْقَاقٍ يُعْطَى إِحْدَاهُمَا فَقَطْ فِي الْأَظْهَرِ.

نفوسهم، ولا سيما إذا ضاق المال وكثر المستحقون، فتأمل ترشد.

فرع: لم يذكر المصنف ما يعطاه المؤلف، والعامل، أما المؤلف، قال الرَّافِعِي: فيعطى ما يراه الإمام، قال المسعودي: بجعله قدر كفايتهم وكلفتهم.

قلت: وفي هذا إجمال، وكفاية ماذا الوقت أو العام أو العمر، وكفاية العمر بعيد هنا؟

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: يعطيه ما يتألفه بِهِ فَيُقْلِعُ عَنْ سَيِّءِ الِاعْتِقَادِ، فَإِذَا صَحَّ اعْتِقَادُهُ وَحَسُنَ إِسْلَامُهُ خَرَجَ مِنْ جُمْلَةِ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ، وَإِنْ لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ مَا أُعْطِيَ مُنِعَ لِئَلَّا يَكُونَ سَهْمه مَصْرُوفًا فِي غَيْرِ نَفْعٍ، وَإِنْ أَثَّرَ تَأْثِيرًا لَمْ يُسْتَكْمَلْ مَعَهُ حُسْنُ الِاعْتِقَادِ أُعْطِيَ مِنْ بَعْدُ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ حُسْنَ إِسْلَامِهِ وَصِحَّةَ اعْتِقَادِهِ، والمراد أنه يزاد من بعد؛ ولكن هذا في بعض الأصناف لا في كلهم، وأما العامل فاستحقاقه بالعمل فقط فإنما يعطى أجرة مثله، أو المسمى إن سُمي له أجرة ولا يزاد على ذلك.

قال: **(وَمَنْ فِيهِ صِفَتَا اسْتِحْقَاقٍ)** أي: كالفقير أو الغارم.

(يُعْطَى إِحْدَاهُمَا فَقَطْ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأنه سبحانه وتعالى عطف المستحقين بعضهم على بعضٍ، والعطف يقتضي التغاير، والثاني: بهما؛ إذ للفقير سهم، وللغارم سهم، وهذا فقير وغارم، والحاصل طرق أصحها ما ذكره.

ثانيها: القطع بالمنع، وحمل قائلوها - وهم جمهور البصريين - النص الآخر على إعطائه من زكاتين، ووافقهم الفوراني.

وثالثها: إن اختلف السببان كالفقر، والغرم أُعطي بهما، وإن تجانسا كالفقير الغارم لمصلحة نفسه لم يعط بهما، ويشبه القسم الأول بالميراث إذا اختلفت جهته فرضًا وعصوبة، وقال الجوري: لا يجوز إعطاء أحد بصفتين إلا العامل فيُعطَى بأنه عامل، وأنه غارم، وقال غيره: إذا كان العامل فقيرًا، فهل يعطى على القول الأظهر لفقره.

وجهان بناءً على أن ما يأخذه أجرةً أم صدقةً، إن قلنا: أجرةً جاز، وإلا

فَصْلٌ

يَجِبُ اسْتِيعَابُ الْأَصْنَافِ إنْ قَسَّمَ الْإِمَامُ وَهُنَاكَ عَامِلٌ، وَإِلَّا فَالْقِسْمَةُ عَلَى سَبْعَةٍ، ....

فلا، وإذا قلنا: بالأظهر، قال الشيخ نصر المقدسي: إذا أخذ المستحق بالفقر أو الغرم، فأخذه من غريمه بدينه، وبقي فقيرًا فلا بدَّ من إعطائه من سهم الفقراء، وذكر الْمَاوَرْدِيُّ، وغيره أنه إذا أخذ سهم الغرم أو الفقر فللغريم أخذه منه، وإن لم يزيدوا على ذلك، وما ذكره الشيخ نصر ظاهر، وإن لم أره لغيره.

إشارة: قول البصريين: إن النص محمولٌ على زكاتين، المتبادر منه زكاة العام، فإن كان كذلك كان للإمام أو نائبه أن يعطيه من زكوات أشخاص دون زكاة الواحد، بخلاف ما إذا فرق المالك زكاة نفسه، ويجوز ذلك لاثنين يعطيه هذا لصفة، وهذا لصفة أخرى.

فرع: قَالَ الدَّارِمِيُّ: إذَا أَخَّرَ تَفْرِيقَ الزَّكَاةِ إلَى الْعَامِ الثَّانِي فَمَنْ كَانَ فَقِيرًا أَوْ مِسْكِينًا أَوْ غَارِمًا أَوْ مُكَاتَبًا مِنْ عَامِهِ إلَى الْعَامِ الثَّانِي خُصُّوا بِزَكَاةِ الْمَاضِي، وَشَارَكُوا غَيْرَهُمْ فِي الْعَامِ الثَّانِي، فَيُعْطَوْنَ مِنْ زَكَاةِ الْعَامَيْنِ، وَمِنْ كَانَ غَازِيًا أَوْ ابْنَ سَبِيلٍ أَوْ مُؤَلَّفًا لَمْ يُخَصُّوا بِشَيْءٍ، وقضية إطلاقه أنه لو اختلفت صفة أهل الصرف الأول في العام الثاني، أو اتفقت أُعطُوا من زكاة العامين، فإن سلم هذا جاز أن يقال: ومَنْ فيه صفتا استحقاقٍ يُعطى من زكاة عامين آخرين لا من زكاة عام واحد، وإن كانت زكاة مال رجل واحد.

قال:

(فَصْلٌ:

يَجِبُ اسْتِيعَابُ الْأَصْنَافِ إنْ قَسَّمَ الْإِمَامُ وَهُنَاكَ عَامِلٌ)؛ لأن الله سبحانه وتعالى أضاف الصدقات إليهم بـ«اللام» وذلك يقتضي التعميم.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن قسم الإمام، ونحوه كما سبق، ولا عامل هناك.

(فَالْقِسْمَةُ عَلَى سَبْعَةٍ)؛ لسقوط سهم العامل، كما لو فرَّق رب المال ونائبه بنفسه فإنه يسقط سهم العامل لا محالة، وأمَّا سهم المؤلفة فسنذكر ما فيه.

فَإِنْ فُقِدَ بَعْضُهُمْ فَعَلَى الْمَوْجُودِينَ، وَإِذَا قَسَمَ الإِمَامُ يَسْتَوْعِبُ مِنَ الزَّكَوَاتِ الْحَاصِلَةِ عِنْدَهُ آحَادَ كُلِّ صِنْفٍ، وَكَذَا يَسْتَوْعِبُ الْمَالِكُ إِنْ انْحَصَرَ الْمُسْتَحِقُّونَ فِي الْبَلَدِ وَوَفَّى بِهِمْ الْمَالُ، ....

قال: (**فَإِنْ فُقِدَ بَعْضُهُمْ فَعَلَى الْمَوْجُودِينَ**)؛ إذ المعدوم لا سهم له، فإن لم يوجد وأوقفت الزكاة حتى يُوجَدوا أو يوجد بعضهم، هكذا أطلقه الرَّافِعِي، وهو يفهم أنه إذا لم يوجد إلَّا صنفٌ واحدٌ، أو شخصٌ واحدٌ كفى الصرف إليه، ولا يُؤخَّرُ شيءٌ لوجدان غيره، ولم أر التصريح بهذا، ثم رأيت في «الأم»: ولو فقد أَهْل السَّهْمَيْنِ كلهم إلا الفقراء والعاملين، قسمت الثمانية عليهم، حتى يوفى الفقراء ما يخرجهم من الفقر، ويعطى العاملون بقدر أجزائهم، انتهى.

قال: (**وَإِذَا قَسَمَ الْإِمَامُ**) أي: أومَنْ يخلفه.

(**يَسْتَوْعِبُ مِنَ الزَّكَوَاتِ الْحَاصِلَةِ عِنْدَهُ آحَادَ كُلِّ صِنْفٍ**) أي: وجوبًا على المشهور، فلا يجوز أن يقتصر على بعضهم؛ لأن الاستيعاب لا يتعذر عليه، وجعل الفوراني، والْغَزَالي وغيرهما حكم الإمام حكم المالك، وهو قضية إطلاق صاحب «المهذب» وكثيرين كما قاله الشيخ.

قال في «البسيط»: الأولى استيعاب الآحاد من كل صنفٍ إن أمكن؛ فإن أعطى ثلاثة فصاعدًا جاز؛ لأن الاستيعاب عسر، وحمل الرَّافِعِي كلام الْغَزَالِي على ما إذا فرَّق المالك ظنًّا منه أنه لم يقل بذلك أحدٌ.

قال ابن الرِّفْعَة: ويجب استيعابهم إن جوزنا نقل الصدقة أو منعناها، كما اقتضاه إطلاق الجمهور؛ لكن الإمام طرَدَ فيه قولي منع النقل.

قال: (**وَكَذَا يَسْتَوْعِبُ الْمَالِكُ**) ومن يقوم مقامه من وليٍّ، ووكيل.

(**إِنْ انْحَصَرَ الْمُسْتَحِقُّونَ فِي الْبَلَدِ وَوَفَّى بِهِمْ الْمَالُ**) أي: وفَّى بحاجاتهم؛ ليسره، ويجب التسوية بينهم حينئذٍ، هذا ما أطلقه الْمُتَوَلِّي، وذكره الرَّافِعِي عنه، وذكر بعده عنه ما يخالفه، ستراه قريبًا إن شاء الله تعالى.

وفي «التهذيب» أنه يجب إن لم يجوز نقل الصدقة، وإلا فيستحب، ولم

وَإِلَّا فَيَجِبُ إِعْطَاءُ ثَلَاثَةٍ، ....

يبين هنا ما هي الحاجات بالنسبة إلى الفقراء والمساكين، هل حاجة السنة، أو الوقت، أو العمر؟ واعتباره هنا بعيد، وأما حاجات غيرهم فمعلومة، وسيأتي ما قيل في المؤلفة، وإخراجهم كالعامل.

قال: (وَإِلَّا) أي: وإن لم ينحصروا، أو لم يف المال بحاجاتهم.

(فَيَجِبُ إِعْطَاءُ ثَلَاثَةٍ) أي: مِنْ كل صنف موجود سوى من يُستثنى؛ لأن الله سبحانه وتعالى ذكرهم بلفظ الجمع، وأقله ثلاثة، وقيل: يجوز الاقتصار على واحدٍ من بني السبيل مع وجودهم.

وقال الدارمي: فإن لم يوجد غير ابن السبيل، وكان يحتاج إلى سهمهم أُعطيه، وإن وجدوا وكان إذا نص على ثلاثة لم يكف، فقيل: يقتصر على واحدٍ، وقيل: الثلاثة وإن لم يكف، انتهى. وهذا ظاهر كلام المصنف.

وقيل: ولا يبعد طرد الوجهين السابقين في الغزاة لقوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠] بغير لفظ الجمع.

تنبيهات: إذا فرَّق المالك أو وليُّه بنفسه سقط سهم العمالة بلا خلاف كما سبق، كما لو تولى الإمام أو القاضي أو والي الإقليم الأخذ والصرف بنفسه.

وفي «الشرحين» و«الروضة»، و«شرح المهذب»، في موضع ما يفهم خلاف ذلك فيجب تأويله، وليس بمراد قطعًا، ولا يقال: يصرف من زكاته لمن جنى مال غيره، أما سهم المؤلفة.

قال الرَّافِعِي: روى الحناطي عن النص إنه إذا قسم المالك بنفسه سقط سهم المؤلفة، وهو كذلك في «فتاوى الْقَفَّال»، والأول يعني: عدم السقوط وهو النقل الظاهر، وأقر في «الروضة» بذلك فزعم أنه المشهور، وليس كذلك نقلًا ودليلًا، أما النقل فالذي ذكره الإمام هنا أنه يسقط على الرأي الظاهر، ويقسم على ستة أسهم، وهذا ما نقله الْمَاوَرْدِيُّ في باب صدقة الفطر عن نصه في «الأم»، وهو ظاهر «المختصر».

وقال صاحب «المستعمل»: قال: ـ يعني الشَّافِعِي ـ إذا تولى الرجل قسم

....

زكاته سقط سهم العاملين، وسهم المؤلفة، وهذا قضية كلام من رجَّح الصرف إليهم، وقضية قول من صحح أنه لا يجوز إليهم إلا أن يقتضيه الاجتهاد يعني: اجتهاد الإمام كما قاله جماعة منهم الجويني في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «الخلاصة»، والمصعبي، وغيرهم، وعبارة «فروق أبي محمد»: إلا أن تدعوا الحاجة إليه، ويقتضيه اجتهاد الإمام، انتهى.

وكل من قال بالإعطاء يقول: ويصرف الإمام إليهم ما يراه، وأما المعنى: فلأن التآلف، والاجتهاد في ذلك من وظائف الإمام، ولهذا وكله خلائق إلى رأيه واجتهاده، وهذا ظاهر في الأصناف الثلاثة الأخيرة منهم، أما مَنْ أسلم ونيته ضعيفة فمحتمل، وبالجملة فالأصح ما نص عليه الشَّافِعِي، وقاله تصريحًا وتلويحًا ممن ذكرناه وغيرهم، ولم أر للشافعي نصًّا يخالفه، ومَنْ خالفه ربما تمسك بإطلاقه في مواضع فاعلم.

قال الْمَاوَرْدِيُّ، والرُّويَانِيّ: ثم بعد العامل يبدأ بالصرف إلى من حضر أولًا؛ فإن حضروا جميعًا؛ قيل: يبدأ بأَمسِّهِمْ حَاجَةً، وَقِيلَ: يَبْدَأُ بِمَنْ إِذَا صرف إليهم سَهْمُهُمْ بَقِيَتْ مِنْهُ بَقِيَّةٌ لِتُقْضَى عَلَى الْبَاقِينَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَلَا يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَى اسْتِئْنَافِ قسمة ثانية، وَقِيلَ: يَبْدَأُ بِمَنْ بَدَأَ الله تَعَالَى بِهِ فِي الآية الكريمة على ترتيبهم، ويبدأ في آحاد الأصناف بالأسبق؛ فإن جاءوا معًا بدأ بأمسِّهم حاجةً، وبأي الأصناف بدأ جاز، انتهى.

ولم يذكر الإقراع هنا وهو محتملٌ، قال أصحابنا: بدأ في الآية الكريمة بالفقراء؛ لشدة حاجاتهم.

وقضية كلام الجمهور وبه صرَّح كثيرون منهم الْغَزَالِيُّ في «البسيط»، أن من حضر موضع القسمة من الأصناف استحقَّ مقيمًا كان أو طارئًا مجتازًا، ونقله المصنف عن الأصحاب مطلقًا، قال: لأن الدفع للمستوطنين أفضل؛ لأنهم جيران، انتهى.

وقال الإمام: إذا منعنا نقل الصدقة فكان في البلد غرماء من الفقراء

وَتَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَصْنَافِ لَا بَيْنَ آحَادِ الصِّنْفِ، إِلَّا أَنْ يَقْسِمَ الْإِمَامُ فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ التَّفْضِيلُ مَعَ تَسَاوِي الْحَاجَاتِ.

والمساكين وغيرهم، فالذي دلَّ عليه كلام المشايخ أنه لا يجوز الصرف إليهم، فإنَّ حكمة تحريم النقل أن يختص كل فريق بما عنده؛ فإذا علم الغرماء بأن صدقة البلاد تصرف إليهم أتوها فتضيق على القاطنين في وطن المال؛ فيفسد بذلك الغرض، بخلاف ابن السبيل فإن اللفظ يشعر بكونه غريبًا، هذا كلامه ولم يذكر غيره.

وسبق في «الحاوي» ما يوافقه، وقضيته أنه لا فرق بين تفرقة المالك والإمام، وهو غريب، ثم رأيته في «البيان»: قال الشيخ أبو محمد: وإن دخل البلد قبل تفرقة الزكاة في أهله قوم غرباء وخالطوهم، ونزلوا البلد نزول استيطان شاركوا أهل البلد في تلك الزكاة؛ لأنها لم تقسم في الجوار، وقد صاروا هؤلاء في الجوار، انتهى.

وقضية أنهم إن لم يستوطنوا لا يعطون، فتأمله.

قال: **(وَتَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَصْنَافِ)** أي: وإن اشتدت حاجات بعضهم وزادت إلا العامل حيث يستحق فلا يزاد على أجرة المثل كما مرّ، ويجوز أن يكون واحدًا فأكثر بحسب الحاجة.

قال: **(لَا بَيْنَ آحَادِ الصِّنْفِ)** أي: سواء استوعبوا، أم اقتصر على بعضهم ما يستحب عند تساوي الحاجات، وفرق بأن الأصناف محصورة فيمكن التسوية بينهم، والعدد من كل صنف غير محصور فيسقط اعتبار التسوية.

قال: **(إِلَّا أَنْ يَقْسِمَ الْإِمَامُ)** أي: ومن في معناه.

(فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ التَّفْضِيلُ مَعَ تَسَاوِي الْحَاجَاتِ) لأن عليه التعميم فكذلك التسوية بخلاف المالك؛ فإنه لا تعميم عليه فلا تسوية، هكذا نقله الرَّافِعِي عن «التتمة» حكمًا، وتعليلًا، وهو بإطلاقه مخالف لما سبق عنه قريبًا، وتابعه الشيخان عليه من وجوب الاستيعاب على المالك إذا انحصر المستحقون ووفَّى بهم المال، وممن فصَّل ذلك الْمَاوَرْدِيُّ والْبَنْدَنِيجِي، وابن الصباغ، وغيرهم.

وَالْأَظْهَرُ مَنْعُ نَقْلِ الزَّكَاةِ.

قال في «الروضة»: وهذا التفضيل، وإن كان قويًّا فهو خلاف مقتضى إطلاق الجمهور، وظاهر كلامه في «شرح المهذب»: وإنَّ المذهب ما أطلقه الجمهور استحباب التسوية، وعن «مطلب ابن الرِّفْعَة» عن ابن داود عن النص استحباب التسوية أيضًا، وإن للإمام حرمان بعض، وتفضيل بعض، وعليه ينطبق قول الغزالي وغيره: إن الإمام في زكاة جميع الناس إذا فرقها كالواحد في زكاة نفسه.

قال: **(وَالْأَظْهَرُ: مَنْعُ نَقْلِ الزَّكَاةِ)** أي: عن الموضع الذي وجبت فيه وهو به؛ لخبر معاذ السالف عند اعتبار إسلام المستحق؛ ولأن طمع مساكين كل بلدة يمتد إلى زكاة ما فيها من المال، والنقل يوحشهم، والثاني: الجواز؛ لأن الآية مطلقة، وقياسًا على الكفارة، والنذر، والوصية على المذهب فيها، وفيه نظر، ثم أصح الطرق أن القولين في سقوط فرض الزكاة، وأما النقل لغير الإمام فحرام قطعًا.

قال القاضي الحسين: وعليه عامة أصحابنا، وقيل: بالعكس، وقيل: بجريانهما في الأمرين، وقيل: هما في النقل إلى مسافة القصر، ويجوز إلى ما دونها، والحاصل أربعة أقوال: أصحها: لا يجوز ولا يجزئ، والثاني: عكسه، والثالث: يجزئ ولا يجوز، والرابع: يجزئ ويجوز إلى ما دون مسافة القصر، ولا يجزئ، ولا يجوز إليها، ثم ظاهر كلام الْمَاوَرْدِي، وهو قضية إطلاق غيره جريان الخلاف في النقل سواء كان أَهْل السَّهْمَيْنِ محصورين أم لا، وخصَّه صاحب «الشَّافِي»، وغيره بحالة عدم حصرهم، وهو الوجه.

تنبيهات وفروع:

أحدها: هذا الخلاف، وتفريعه فيما إذا فرق المالك زكاته بنفسه، أمَّا إذا فرق الإمام، قال الرَّافِعِي: فربما اقتضى كلام الأصحاب طرد الخلاف فيه، وربما دلَّ على جواز النقل، والتفرقة كيف شاء، وهذا أشبه، قال الشيخ: قال صاحب «المهذب»: يجب على السَّاعي نقل الصدقة إلى الإمام إذا لم يأذن له في تفرقتها، وهذا نقل، وزاد في «شرح المهذب» إنه الأصح الذي تقتضيه

....

الأحاديث، فالراجح القطع بجواز النقل للإمام والساعي، انتهى.

واعلم أني قلت: في «الغنية»: إنه الصواب الذي دلَّت الأخبار، وسير الخلفاء الراشدين عليه، ومن ذلك حديث: «**أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها**»[1].

وفي صحيح البخاري «**أن معاذًا كان يأخذ من أهل اليمن الحلل، ويقول: هذه أنفع** - أي: من الذرة، والشعير- لأصحاب رسول الله ﷺ بالمدينة»[2].

وفي «معالم السنن» للخطابي، و«شرح السنة» للبغوي أن أكثر أهل العلم جوزوا نقلها.

قالا: واتفقوا على أنها لو نقلت سقط الغرض إلا عمر بن عبد العزيز؛ فإنه رد صدقةً حُملت إليه من «خراسان»، انتهى.

ويجب حمل ما نقلاه من السقوط على ما إذا نقلها الإمام، أو نقلت إليه بإذنه، وأما رد عمر لها، إما لكونها نقلت إليه بغير إذنه، أو كان هناك من هو أحوج إليها وأحق بها، ثم بعد هذا رأيت الإمام أبا عُبَيْدٍ الْقَاسِمِ بْنُ سَلَّامٍ قال بعد ذكره الأحاديث، والآثار الدالة على النقل: وحديث معاذ، وغيره مما يقتضي عدم النقل، والعلماء اليوم مجتمعون على أن أهل كل بلد أو ماء أحقُّ بصدقتهم مادام فيهم من ذوي الحاجة واحدٌ، وإن أتى ذلك على جميع صدقتها حتى يرجع الساعي ولا شيء معه، قال: بذلك جاءت الأحاديث مفسرةً، ونقل عن سعد عامل عمر رضي الله عنه قال: «كنا نخرج فنأخذ الصدقة فما نرجع إلا بسياطنا».

قال: فإن جهل الساعي فحملها وبأهلها فقراء ردَّها الإمام إليهم، قال: إلا أن إبراهيم، والحسن يرخصان في الرجل يُؤثر بها قرابته، وإنما يجوز هذا للإنسان في خاصة ماله، فأما الصدقات العوام التي لا يليها إلا الأئمة، فلا،

---

(١) أخرجه مسلم (٢٤٥١)، وأحمد (٥/ ٦٠).
(٢) أخرجه البخاري (٣١٥٦).

....

وقال في الأحاديث، والآثار الدالة على النقل: إنه ليس لها محملًا إلا أن يكون فضلًا عن حاجاتهم، وبعد استغنائهم عنها، انتهى.

فأورثني ما قاله - رَحِمَهُ اللهُ تعالى - إحجامًا وتوقفًا في المسألة؛ فإن صح ما ذكره، وفي النفس منه شيءٌ فيترك ما قاله أصحابنا من أن للإمام النقل عما إذا استغنى عنها أهلها، أو لم يكن في موضعها من يستحقها، وهو بعيد من كلامهم.

ثانيها: إذا منعنا المالك النقل، فسواء نَقْل الْبَلَدِيّ إلى قرية قريبة أم بعيدة، صرح به في «البسيط» و«العمد» وغيرهما وقال القاضي الحسين والإمام: إنه ظاهر المذهب، وقال المصنف: إن ظاهر كلام الشيخ أبي حامد، وابن الصباغ يخالفه، وضبطه الإمام بأنه لا ينتهي إلى موضع يترخص فيه المسافر.

قال: وذكر العراقيون ما ذكرناه وصححوه، وحكوا وجهًا أنه يجوز النقل إلى دون مسافة القصر، وزيفه، وخص الْمَاوَرْدِيُّ هذين الوجهين، على إذا فرق العامل، ثم قال: والأصح عندي أنه ينظر في الخارج عن البلد، فإن كان ممن يلزمه حضور الجمعة فيه استحق من زكاته، وإلا فلا.

قال: وإن قسمها المالك لم يكن ممن خرج عن مصره من مستحقي زكاته وجهًا واحدًا؛ لأنا نراعي في قسمته الجوار، وفي قسمة العامل الناحية، ثم إن صغر البلد فجميعهم جيرانه، وإن كثر فهل يُراعي الجوار الخاص؟ وهو من أضيف إلى مكانه من البلد، وقيل إلى أربعين دارًا من داره حتى لو صرف إلى غيرهم كان ناقلًا للزكاة، أو الجوار العام: وهو البلد جميعه، فيكون الدفع إلى الجار الخاص مستحبًا لا مستحقًا؟ وجهان أصحهما: الاستحباب هذا ملخص كلامه - رَحِمَهُ اللهُ تعالى -.

ثالثها: ما تقدم هو في المقيم ببلد أو في قرية أو بادية؛ لأنه لا يظعن عنها، أما أهل النجعة عند الحاجة؛ فإن كانت حللهم متفرقة، فيجوز صرف زكاتهم إلى مَنْ كان من بلد المال دون مسافة القصر قطعًا.

قال الشيخ: ولا يجيء فيهم الخلاف السابق بالاتفاق، وإن كانت خيامهم

....

مجتمعة، وكل حلة متميزة عن الأخرى تنفرد عنها في الماء والرعي؛ فوجهان: أحدهما: أنهم كالمتفرقين، وأصحهما: أن كل حلة كقرية والنقل منها كالنقل من القرية، وأما أهل الخيام، والذين لا قرار لهم؛ بل يطوفون البلاد أمدًا فيصرفونها إلى من معهم، فإن لم يكن معهم أحد فإلى مَنْ في أقرب البلاد إليهم عند تمام الحول.

وقال الدارمي: لو أقام أهل البادية أكثر سنتهم على ماء، وربما تفرقوا عنه لحاجة؛ فعلى الماء إلا أن يكون لهم دور في بلدهم لها إلزام فحكمهم حكم تلك البلد، هذا لفظه.

رابعها: العبرة في غير الفطرة ببلد المال لا ببلد المالك، فلو كان ماله عند تمام الحول ببادية ليس فيها أحد؛ وجب صرف زكاته إلى الأصناف في أقرب البلاد إلى المال؛ فإن كان تاجرًا مسافرًا بماله صرفها حيث حال الحول، ولو كان له مال بمواضع متفرقة صرف زكاة كل مال بمكانه حيث لا يحصل بشقص حيوان؛ فإن حصل بأن كان له عشرون شاةً ببلد، وعشرون بآخر، فطريقان، المذهب أنه يخرج شاة في أي البلدين شاء، ولا يجوز العدول عن أحد البلدين؛ فلو كان له مائة شاة ببلد، ومائة بأخرى أخرج بكل بلد شاة على المذهب، قاله المصنف في «الروضة» و«شرح المهذب».

وقال الإمام: إن كان لا يتوطن موضعًا، ولا يقرُّ ماله أيضًا فإنه لا يوجد بمنع النقل، ورقعة الأرض في حقه كالبلدة للمتوطن، وإن كان يتردد في إقليم فسيح لا يعدوه فالرأي الظاهر عندنا أن له النقل في ذلك الإقليم وإن كان لا يخرج منه، وفيه احتمال، ولو وجبت الزكاة، وهو ببعض النواحي فقد قال الأصحاب: الأولى أن يخرج الزكاة في محل وجوبها، ولم يوجب ذلك أحد من الأصحاب، وإنما استحبوه، ويشبه أن حكم الاستيطان غير ثابت المال، ولو كانت الماشية تتردد في قريتين شتاءً وصيفًا لا تتعداهما؛ فإن لم يكن بينهما مسافة القصر فالذي أراه على منع النقل أنه لا يجوز إخراج الزكاة إلى غير القريتين، وإن كان بينهما مسافة القصر، وفيه الاحتمال الذي ذكرناه في التردد

....

في الإقليم، ثم إذا قلنا في المتقاربتين: لا يجوز النقل، ولو اتفق الوجوب والماشية بأحديهما، فالظاهر عندنا أن القرية التي اتفق فيها الوجوب يتعين تفرقة الزكاة فيها، والعلم عند الله تعالى، هذا لفظه - رَحِمَهُ اللهُ تعالى -.

وفي «البسيط» أنه إذا المال طول السنة في بلده، فلا يخفى، وإن كان بعضه في بلدة وبعضه في أخرى؛ فالنظر إلى وقت وجوب الزكاة، وهو تمام الحول، ولا يشترط أن يكون الفقير المصروف إليه بلديًا؛ بل لو كان غريبًا فهو من فقراء البلد إذا كان في الحال فيها، والذي غاب إلى بلدة أخرى، فهو من فقراء البلدة التي سافر إليها لا التي سافر عنها، انتهى.

وما ذكره آخرًا هو المعروف، لا ما سبق عن إمامه، ويأتي عنه لآخر أعرض عن ذكره.

خامسها: سبق أنه لا فرق عند عدم الانحصار بين القاطن وغيره، وعن إيراد الإمام خلافه، وذكر متصلًا به: أنه لو فارق وطن المال طائفة من الأصناف، فنقل المولى أنصباءهم إليهم حيث كانوا فالذي ذهب إليه الأصحاب جوازه تعويلًا على الآخذين دون البقعة.

قال: وهذا جاز على القياس متضح إذا انتقل جملة المستحقين مثلًا، فأما إذا كان في المقيمين في وطن المال مقنع وكفاية فالقياس جواز الإخراج إلى الذين خرجوا، وغال بعض الأصحاب في هذه الصورة على الخصوص فلم يجوز النقل، وهذا فاسدٌ لا أصل له.

قال: ولو غابت طائفة جميع السنة، فهل يجوز إخراج الحصص إليهم؟

من الأصحاب من جوزه؛ لأنهم من أهل البقعة، ومنهم من منع واشترط أن يحضروا المال في سنة الزكاة، ولو شهدوا في بعض السنة، وغابوا قبل انقضائها، فهذا مرتب على ما قبله وأولى بجواز الإخراج إليهم، ثم ذكر تفريعات طويلة، ثم قال: وإن انقضت السنة، واستقر وجوب الصدقة، ثم انتقلوا؛ فَإِنْ لَمْ يكن أهل البقعة مَحْصُورِينَ؛ لِاتِّسَاعِ خُطَّتِهَا فَفِي جَوَازِ الْإِخْرَاجِ

....

إِلَيْهِمْ خِلَافٌ، وَالْأَصَحُّ جَوَازُهُ، وَإِنْ كَانُوا مَحْصُورِينَ وَقَدْ اسْتَحَقُّوا ثُمَّ غَابُوا فَهُمْ مُعَيَّنُونَ بِتَخْصِيصِهِمْ، انتهى. وهذا فقه غريب.

سادسها: نص الشَّافِعِي - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى- أنه إنما يستحق أهل السهمين الزكاة يوم القسمة إلا العامل، ونص في موضع أنه يوم الوجوب، وفي آخر أنه لو مات أحدهم بعد وجوب الزكاة كان حقه لوارثه غنيًّا كان أو فقيرًا، وهو بمعنى ما قبله.

قال أصحابنا: وليست على قولين؛ بل محل اعتبار يوم الوجوب إذا مات أحدهم انتقل حقه إلى وارثه ما إذا وجبت لمعينين، فإن لم يكن هناك من كل صنف إلا ثلاثة فيتعين نصيب صنفهم لهم، ولا يتعين بحدوث شيء لانحصارهم، ومن مات بعد الوجوب، أو غاب، أو استغنى فحقه باقٍ بحاله، وإن قدم غريب لم يشاركهم فيه، وموضع اعتبار يوم القسمة ما إذا لم يكونوا معينين بأن كان في البلد من كل صنف أكثر من ثلاثة فإن الزكاة لا تتعين لهم، وإن مات بعضهم بعد الوجوب وقبل القسمة، هذه طريقة العراقيين.

وقال الخراسانيون: موضع اعتبار حال الوجوب إذا لم يكن في البلد إلا ثلاثة أو أقل ومنعنا النقل، والموضع الآخر إذا كان هناك أكثر من ثلاثة وجوزنا النقل هذا حاصل «شرح المهذب».

وهنا كلمات:

الأولى: قضية ما في «المنهاج» وغيره من أنه إذا انحصر المستحقون في البلد ووفَّى بهم المال أنه يجب استيعابهم على المالك أنه لا فرق بين أن يوجد من كل صنف ثلاثة أو أكثر، وحينئذٍ يترتب عليه ما ذكره من الإرث الشرعي وغيره، وذكر الإمام في آخر باب صدقة الغنم من تفريع منع النقل، أنهم إذا انحصروا وأوجبنا اليمين على المالك، فنكل، ففي ردها عليهم وجهان:

قال الجمهور: نعم كرب الدين، وفرَّع عليه سماع دعواهم وانقطاع طلبه، والإمام ذكر مسائل: منها: استيعاب أكثر من ثلاثة والتسوية بينهم، واعتياضهم

....

عنها، وإبراؤهم منها، وأخذ وارثهم الغني لها وافتقار طائفة غيرهم قبل قبضها، انتهى.

الثانية: وقضية إطلاقهم وشمول كلامهم أنه لو وجبت زكاته لأصناف محصورين وهم ورَّاثه فمات قبل دفعها إليهم أنه لا يلزمهم إخراجها إلى غيرهم، وهل نقول: يلقوا قدرها زكاة حتى لو كان عليه ديون وقدمنا قدر الزكاة فازوا بها دون أرباب الديون؟ لم أرَ فيه شيئًا وهو محتمل.

سابعها: صدقة الفطر كغيرها في منع النقل وجوازه والاستيعاب، فإن سبقت القسمة جمع جماعة فطرتهم وقسموها، وعن الإصطخري يجوز صرفها إلى ثلاثة من الفقراء، ويروى من الفقراء أو المساكين، ويروى من أي صنف اتفق ذكرها، وعبارة القاضي الحسين في أوائل هذا الباب: وعند الإصطخري أن زكاة الفطر يختص بها الفقراء، واختاره الرُّويَانِيّ في «الحلية» وجواز صرفها إلى ثلاثة، وحُكي اختياره عن جماعة من أصحابنا، وصححه الجرجاني.

قال الجيلي: وهو المُفْتَى به في زماننا، واختار الشيخ أبو إسحاق الشيرازي جواز الصرف إلى واحد، ونقله في «البحر» عن أبي حنيفة، ثم قال: وأنا أفتي به.

قلت: وعليه العمل في الأعصار والأمصار، وهو المختار والأحوط دفعها إلى ثلاثة، والقول يوجب استيعاب الأصناف، وإن كان ظاهر المذهب بعيد؛ لأن الجماعة لا يلزمهم خلط فطرهم، والصاع لا يمكن تفرقته على ثلاثة من كل صنف في العادة، قال المصنف في «شرح المهذب»: وإذا دفعها إلى الساعي أو الإمام لزمه تعميم الأصناف بلا خلاف، هكذا قال.

ثامنها: في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو كان له بستان فيه عنب، فقال لجماعة من الفقراء: يجب لكم عشر هذا، لا خلاف أن العشر لا يسقط لعدم التمليك، ولو قال: ملكتكم عشر هذا، وكان مما لا يترتب سقط عنه العشر، وإلا فلا؛ لأنه يجب إخراج العشر زبيبًا، قال: وعليه الضمان؛ لكن المالك

وَلَوْ عُدِمَ الْأَصْنَافُ فِي الْبَلَدِ وَجَبَ النَّقْلُ، أَوْ بَعْضُهُمْ وَجَوَّزْنَا النَّقْلَ وَجَبَ، ....

غَارٌّ فيأتي في قرار الضمان قولان.

قلت: فظاهر كلامه الاكتفاء بالصرف إلى الفقراء خاصةً وبعيد أن يريد بقوله: الفقراء أهل السهمين.

قال الأصحاب: في مواضع لأنه بعيد من لفظه، وعن القاضي الحسين أيضًا أنه لو مات وعليه زكاة، هل للإمام صرفها إلى قريبه الفقير؟ نظر أنه إن كان ممن يجوز صرفها إليه في حال حياته جاز، وإلا فلا، وأبدى الرُّويَانِيّ فيه احتمالًا كما سبق، ورأيت عن رواية الإمام أنه يجوز صرفها إليه وَاحِدٍ إِلَى وَاحِدٍ عند عدم انحصار المستحقين.

قال: **(وَلَوْ عُدِمَ الْأَصْنَافُ فِي الْبَلَدِ وَجَبَ النَّقْلُ)** أي: إلى أقرب البلاد إليه، فإن نقل إلى أبعد فعلى الخلاف في نقل الزكاة، هكذا قالاه، وسبق كلام الإمام في المال الذي لا يستقر بالإقليم الفسيح، فراجعه على غرابته، قال الشيخان: وحيث جاز النقل فعلى رب الدين مؤنته، ويمكن تخريجه على الخلاف المذكور في أجرة الكيَّال.

قلت: ويجب أن يكون هذا فيما إذا كان المالك ونحوه يفرقها، أما لو قبضها منه الساعي ببلده فالوجه: أن مؤنة النقل في مال الزكاة كما لو قبضها المستحقون، وذكر الإمام أن النقل إذا كان يحتاج إلى مؤنة فقد تردد فيه الأئمة، ففي كلام بعضهم ما يدل على أنه يجب تكليفه النقل، وإذا عظمت المؤنة فإن تأدية الزكاة محتومة، وهذا بعيد.

قال: والأصح أن ذاك لا يجب، فيتوقف إلى أن يجد المستحق، وهذا يعضد ما ذكرناه ويفهم أن التردد في المالك، وإذا لم يلزمه ذلك وهو المفرق لها؛ فلأن لا يلزمه بعد دفعها إلى الساعي أولى، وأطلق في «الإحياء» أن أجرة الناقل من سهم العامل.

قال: **(أَوْ بَعْضُهُمْ وَجَوَّزْنَا النَّقْلَ وَجَبَ)** **قلت**: وحينئذٍ يجيء الفرق بين الإمام والمالك.

وَإِلَّا فَيُرَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ، وَقِيلَ: يُنْقَلُ.

فَصْلٌ

وَشَرْطُ السَّاعِي كَوْنُهُ حُرًّا عَدْلًا فَقِيهًا بِأَبْوَابِ الزَّكَاةِ ....

(وَإِلَّا فَيُرَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ) أي: وإن لم يجوزه ردت على الباقين وجوبًا؛ لأن عدم الشيء في موضعه كالعدم المطلق، وهذا إذا بقيت حاجة الباقين وإلا صاحب النقل وجهًا واحدًا.

قال: (وَقِيلَ: يُنْقَلُ) لأن استحقاق الأصناف منصوص عليه فيقدم على رعاية المكان الثابت بالاجتهاد، وصححه صاحبا «المهذب» و«البيان» وحكى في «المهذب» الخلاف قولين، وخصص الْمَاوَرْدِيُّ الخلاف بغير الغزاة، وجزم بأن نصيبهم ينقل إلى زكاتهم قولًا واحدًا.

ولفظ نص «البويطي»: فإن لم يكن في جيران المال من يستغرقه نقل إلى أقرب المواضع منهم؛ لأن النبي ﷺ أوصى بالجار في النَّافلة، فمن قرب جواره في الفرض أولى، وإن استغنى أهل السهم وبقيت فضلة من سهمهم ردها على أهل السهمين، فإن لم يوجد أهل سهم وأعوز ذلك في جميع الأرض ردَّ سهمه في البواقي، انتهى.

قال:

(فصل:

وَشَرْطُ السَّاعِي كَوْنُهُ حُرًّا عَدْلًا)

أي: لأنها ولاية وكانا من شرطها كغيرها من الولايات.

(فَقِيهًا بِأَبْوَابِ الزَّكَاةِ) أي: فِيمَا تَضَمَّنَتْهُ وِلَايَتُهُ، كما قيده الْمَاوَرْدِيُّ وغيره؛ ليعرف ما يأتي وما يذر، وتضمن قوله: «عدلًا» البلوغ والعقل والإسلام، ولم يقل: وألا يكون هاشميًا ولا مطلبيًا كما قاله بعضهم؛ لأنه لا يتبرع بها، أو استأجره الإمام من سهم المصالح، جاز وإنما الممتنع أخذه من الزكاة، وسكت عن اعتبار الذكورة، وقد قالا فيما سبق والْمَاوَرْدِيُّ أيضًا

فَإِنْ عُيِّنَ أَخْذٌ وَدَفْعٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْفِقْهُ وَلْيُعَلِّمْ شَهْرًا لِأَخْذِهَا.

هناك: لا تكون المرأة عاملة، وصرح هنا بأن من جميع ما ذكرناه من الشروط جاز أن يكون عاملًا رجلًا كان أو امرأةً، وإن كرهنا تقليد المرأة ذلك، وهو قضية كلام القاضي ابن كج في باب صدقة الفطر، وبه صرح غيرهما؛ لأنها تلي مال اليتيم والصحيح المنع؛ لأن هذه ولاية عامة لا تليق بالمرأة، وصح «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ امْرَأَةً»(١) وذكر الجيلي أن الحرية إنما تشترط إذا قلنا: إنَّ ما يأخذه يكون زكاةً، فإن قلنا: أجرة فلا، وهو غريب، ولعله أراد بعض من سبق ذكره من معنى العامل بالأجرة؛ لأن الإمام ينصبه عاملًا.

قال: (**فَإِنْ عُيِّنَ أَخْذٌ وَدَفْعٌ لَمْ يُشْتَرَطْ الْفِقْهُ**) أي: ويشترط ما عداه؛ لأنها سفارة لا ولاية، قال الْمَاوَرْدِيُّ في «أحكامه»: وكذا لا يعتبر الإسلام والحرية، قال في «الروضة»: وفي عدم اشتراط الإسلام نظر.

وفي «شرح المهذب»: المختار اشتراطه، واعلم أن الذي رأيته في «الحاوي» بعد ذكره شروط العامل، وأما أعوانه من كُتَّابِهِ وَحُسَّابِهِ وَمُسْتَوْفِيهِ فلا يلزم اعتبار الحرية والفقه فيهم؛ لأنهم خدم مأمورون، ويلزم فهم اعتبار البلوغ والعقل والإسلام والأمانة، انتهى.

وهو الصواب؛ إذ لا تجوز تولية كافر على شيء من أمور المسلمين كما نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب فليحمل ما في «الأحكام» على أخذ شيء معين وصرفه إلى معين ويجوز ذلك، فيكون استخدامًا محضًا خاصًا لا ولايةً عامةُ، كما لو وكَّله شخص في قبض ودفع، فإنه جائز؛ ولهذا جوزوا كون الحمال ونحوه كما سبق هاشميًا وعبدًا وكافرًا؛ لأنه أجير لا أمين.

قال: (**وَلْيُعْلِمْ شَهْرًا**) أي: ندبًا، وقيل: وجوبًا.

(**لِأَخْذِهَا**) ليتهيَّأ أرباب الأموال لدفعها، والمستحقون لأخذها، ويندب أن يكون المحرَّم؛ لأنه أول العام، نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب، وفي «الشامل الصغير» أن أولى الشهور رمضان؛ لأن الصدقة فيه مضاعفة، وآخره

---

(١) تقدم تخريجه.

....

أولى؛ لأن الصدقة فيه أفضل، قال: وذو الحجة والمحرم؛ لأن كل واحد منهما طرف حول، ذو الحجة آخره والمحرم أوله، وأول كل واحد منهما أفضل من باقيه، وكلامه فيمن يفرق زكاة نفسه وبعضه أو أكثره، أخذه من «الإحياء» للغزالي، وهو غريب، ولا معنى لذلك؛ بل متى تم الحول ووجد المستحق وجب الأداء على الفور حيث لا عذر، لا أعلم فيه خلافًا.

تنبيهان:

أحدهما: ما ذكره المصنف فيما يعتبر فيه العام على أنه لو أسلم أهل ناحية في منتصف الحول، وجرت أموالهم المعتبر زكاتها بالعام في الحول فالإعلام بأخذها يكون في منتصف العام المقبل، لا محله، وهكذا باختلاف الأوقات، وأما ما لا يعتبر بالعام كالزرع والثمار، فإنه يبعث وقت وجوبها، وهو إدراك الثمر، واشتداد الحب، ويشبه ألا يبْعَثَ فِي زَكَاةِ الْحُبُوبِ إلَّا عِنْدَ تَصْفِيَتِهَا بِخِلَافِ الثِّمَارِ فَإِنَّهَا تُخْرَصُ حِينَئِذٍ، فَإِنْ بَعَثَ خَارِصًا لَمْ يَبْعَثْ السَّاعِي إلَّا عِنْدَ جَفَافِهَا.

الثاني: جزما في «الشرحين» و«الروضة» بأن بعث الساعي مستحب(١)، وجزم القاضي أبو الطيب بوجوبه ويجب الجزم به إذا غلب على ظن الإمام أنه لو لم يبعث سعاةً لما أخرجت، وأما لو غلب على ظنه أن أرباب الأموال أو بعضهم يؤديها فالأمر بيِّن مما سبق في كتاب الزكاة، ويجوز أن يفرق بين الأموال الظاهرة والباطنة، ولا وجه لقول من أطلق أن بعث الساعي مستحب.

وعبارة صاحب «الكافي»: وعلى الإمام بعث السعاة؛ لأن مِن أرباب الأموال مَن لا يعلم ما يجب عليه ولمن يجب، وقد يكون مختلًا لا يؤدي صدقته، فعلى الإمام أن يبعث عالمًا إلى آخره، وما قاله حق، فذكر الْبَغَوِي والرَّافِعِي نحوه، والقول بعدم الوجوب مطلقًا لا وجه له ولا سيما في هذا

(١) في نسخة: (واجب ويجب الجزم به).

....

الزمان؛ لأنه يؤدي إلى إضاعة كثير منها؛ بل أكثرها؛ ولأنه خلاف سيرة السلف الصالح؛ لكن يشترط ألا يكون كما فعله الظلمة في زماننا، وقد جعله الفجرة كجهات المكوس لا يراعون فيها الشرع بوجه؛ بل تؤخذ على غير وجهها، وتصرف من غير وجهها، ولا قوة إلا بالله.

فروع خمسة نختم بها الباب ختم الله لنا بالحسنى بمنه ولطفه وكرمه:

أحدها: يستحب للساعي والمستحق أن يدعو عند أخذ الزكاة للمزكي، وقيل: لا تستحب لغير الولاة، وقيل: تجب على الجميع، وقيل: تجب على الوالي فقط، وقيل: عكسه، وهو شاذ، وقيل: إن سأل المالك وجب الدعاء له، وإلا فلا.

ثانيها: قال في «شرح المهذب»: إظهار الزكاة أفضل باتفاق العلماء، وخص الْمَاوَرْدِيُّ هذا بالأموال الظاهرة، قال: وأما الباطنة فإخفاء إخراج زكاتها أولى للآية، وأما الإمام فالإظهار له أفضل مطلقًا، وأطلق ابن عبد السلام في «القواعد» أنه إن خاف الرياء على نفسه، أو عرف ذلك من عادته فالإخفاء أفضل وإلا فالإبداء، انتهى.

وهذا التفضيل أو نحوه مجزوم به في «الإحياء» في أداء الزكاة ومنه أخذه، وقال في تفسيره الصدقات: الزكوات، وتخفوا النوافل، وقيل: كلاهما إخفاؤه أفضل، وقيل: كان ذلك على عهده، واليوم إظهاره أفضل؛ ليدفع التهمة، وكذلك النقل؛ ليقتدي به، ونسب الْمَاوَرْدِيُّ في «تفسيره» أن إخفاء الفرض والنفل أفضل إلى يزيد بن أبي حبيب، والحسن، وقتادة.

وقال في «الحاوي»: إن فرقها الإمام فإبداؤها أفضل، سواء كانت زكاة مال ظاهر أو باطن؛ لأنه ثابت منها، وإن فرقها أرباب المال، فإن كانت زكاة مال ظاهر، فالأفضل إظهارها، وإن كانت زكاةً فالأظهر إخفاؤها للآية؛ ولأنه أبعد من الرياء في الأخذ من الأقسى، والمختار التفضيل الذي أورده الْغَزَالِيُّ، وهو أنه إن خاف الرياء والتسميع بأداء الزكاة فالإسرار بها أفضل وإلا فالإظهار

....

أفضل؛ حيث يعلم أن فيه ترغيبًا للناس في الاقتداء.

ثالثها: له دفع زكاته إلى مديونه خلا مكاتبه، فلو قال له عند الدفع: على أن تردها عليَّ من ديني، لم يجز به ولا يصح القضاء، ولو قال المديون: ادفع إليَّ كذا من الزكاة؛ حتى أقضي به دينك؛ ففعل أجزاه عن الزكاة، وهو بالخيار في أداء الدين منه، ولو أعطاه زكاةً وواعده بردها إليه ببيع، أو هبة، أو ليصرفها المزكي في كسوة المسكين ومصالحه ففي كونه قبضًا صحيحًا احتمالان في «البحر»، ولو كان له عند الفقير حنطة وديعة، فقال: كِلْ لنفسك كذا ونوى الزكاة.

قال الْقَفَّالُ: فيه وجهان، وجه المنع: أن المالك لم يكِله، قال: ولو وكَّله يشتري ذلك القدر فاشتراه وقبضه، فقال: خذه لنفسك ونوى الزكاة، أجزأه؛ لأنه لا يحتاج إلى كيله.

رابعها: لو دفع زكاة ماله إلى شخص وأمره بأدائها، فجاء وادعى إخراجها فتردد الموكل في صدقه على السواء، فهل يقال: الأصل شغل ذمته بها وعدم الإخراج فلا يبرئه منها مع ذلك، أو يقال: طريق تحسين الظن بالمسلم تصديق الوكيل فلا يكلف الموكل إخراجها ثانيًا مع الشك؟ لم أرَ فيه نقلًا، ويحتمل أن يقال: إن كان الوكيل ثقةً عدلًا اكتفى بقوله وإلا فهو مقصر.

خامسها: دفعها المستحق ونوى ولم يتكلم بشيء أجزأته النية القلبية، وعن ابن أبي هريرة: لا بدَّ أن يقول بلسانه كالهبة، وزيف، وفي «البحر» لو دفع الزكاة إلى فقير والدافع غير عارف بالمدفوع بأن كان مشدودًا في خرقة ونحوها لا نعلم جنسها وقدرها، وتلف بيد المسكين، ففي سقوط الزكاة احتمالان؛ لأن معرفة القابض لا تشترط، فكذا معرفة الدافع، قال المصنف: والأظهر الإجزاء، انتهى.

وهذا إن كان الدافع وكيلًا والموكل عالم بذلك، فواضح، وإن كان هو المالك، ففي تصوير المسألة إشكال.

فَصْلٌ

وَيُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ الصَّدَقَةِ وَالْفَيْءِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَكْثُرُ شَعْرُهُ، وَيُكْرَهُ فِي الْوَجْهِ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ يَحْرُمُ وَبِهِ جَزَمَ الْبَغَوِيّ وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ لَعْنُ فَاعِلِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فصل

قال: (وَيُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ الصَّدَقَةِ وَالْفَيْءِ) للتمييز وليردها واجدها، وليعرفها المتصدق فلا يتملكها بعدُ؛ لأنه مكروه، نص عليه الشَّافِعِي، نعم إن ورثها فلا بأس.

قال: (فِي مَوْضِعٍ لَا يَكْثُرُ شَعْرُهُ) أي: ويكون صلبًا، وقال القاضي الحسين: يجب ذلكَ - يعني: الوسم- وهو ظاهر إن دعت الحاجة إليه للتمييز، بأن كانت تجمع في مسرح واحد، ومرعى واحد ومراح واحد؛ لأنها تختلط وتشتبه لا سيما عند الكثرة، والأولى وسم الغنم في الأذن، والإبل والخيل والبقر في الفخذ، قال الإمام: وكذا الخيل يعني: خيل الفيء.

قلت: وكذا ما حبس للغزو، ويكون ميسم الغنم ألطف من ميسم البقر، وميسم البقر ألطف من ميسم الإبل. **قال: (وَيُكْرَهُ فِي الْوَجْهِ)** أي: للنهي عنه.

قال: (قُلْتُ: الْأَصَحُّ يَحْرُمُ، وَبِهِ جَزَمَ الْبَغَوِيّ، وَفِي «صَحِيحِ مُسْلِمٍ»: «لَعْنُ فَاعِلِهِ»[(١)] وَاللهُ أَعْلَمُ) أشار إلى حديث جابر رضي الله عنه: أنه ﷺ مرَّ عليه بحمار قد وسم في وجهه، فقال: «لعن الله الذي وسمه»[(٢)] وقد يقال: إنما لعنه لأنه فعله لا لحاجة ولا مصلحة، وقد نص الإمام في «النهاية» على ذلك فقال: والخبر عندنا يقتضي التحريم.

فروع: الكي إن لم تدعُ إليه حاجة حرام سواء كوى نفسه أم غيره من آدمي وغيره، وإن دعت إليه حاجة، يقول أهل الخبرة: جاز.

ويكره إنزاء الحُمر على الخيل؛ لحديث صحيح فيه رواه أبو داود[(٣)].

---

(١) أخرجه مسلم (٢١١٧).
(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٦، رقم ٢٥٦٤).
(٣) حديث رقم: (٨٠٤).

فَصْلٌ

صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ سُنَّةٌ: وَتَحِلُّ لِغَنِيٍّ، وَكَافِرٍ.

قال العلماء: بسبب النهي، وإنه يسبب قلة الخيل.

وفي «منهاج الحليمي»: وهذا الحديث في عتاق الخيل، وأما البراذين فلا، وهو حسن، وتوقف العلامة ابن دقيق العيد في جواز إنزاء الخيل على البقر، أو جزم بالمنع؛ لضعفها وتضررها بكبر آلة الخيل.

قال:

(فَصْلٌ:

صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ سُنَّةٌ) حث عليها بالكتاب والسنة.

(وَتَحِلُّ لِغَنِيٍّ، وَكَافِرٍ) أي: يجوز دفعها إليهما في الجملة، وفي «الصحيح»: «تُصُدِّقَ عَلَى غَنِيٍّ»[1] البخاري، وفيه لعلة أن يعتبر، فينفق مما أعطاه الله تعالى. وفي الصحيحين: «**فِى كُلِّ كَبِدٍ رَطْبَةٍ أَجْرٌ**» البخاري، ومسلم، ولابن حبان: «كُلِّ كَبِدٍ حَرَّى»[2] وهو يشمل الكافر وغيره، أما سؤال الغني بمال أو كسب يليق به، فحرام عليه في الأصح.

وقال في «شرح مسلم»: اتفق العلماء على النهي عن السؤال إذا لم يكن ضرورة، واختلف أصحابنا في مسألة القادر على الكسب على وجهين:

أصحهما: تحريمه لظاهر الأحاديث، والثاني: حلال مع الكراهة بثلاثة شروط: ألا يذل نفسه، ولا يلح في السؤال، ولا يؤذي المسؤول، فإن فقد أحدها حرم بالاتفاق.

قلت: وفي «أمالي» ابن عبد السلام: إن الصحيح من مذهب الشَّافِعِي رضي الله عنه - وبه قال كثيرون - أن السؤال جائز؛ لأنه طلب مباح، فأشبه طلب العارية، وغيرها.

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٢١) ومسلم (٢٤٠٩).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٦٣) ومسلم (٥٩٦٦) وابن حبان (٢/ ٢٩٩، رقم ٥٤٢).

....

قال: والذم في الأخبار محمول على من سأل الزكاة الواجبة وليس من أهلها، وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في الشهادات عن النص ما يؤيد كلامه، وفي «فتاوى» ابن الصلاح هو حرام مع التذلل والإلحاح، وإيذاء المسؤول، وإن كان محتاجًا، وقال الإمام: هو مع الإيذاء حرام مطلقًا، ومع الحاجة جائز، والتعفف عنه أولى، ولغير الحاجة مكروه، وواجب عند الضرورة.

تنبيهات: منها: قال أصحابنا: يستحب للغني التنزه عنها، ويكره له التعرض لأخذها، قال العمراني: ولا يحل له أخذها مظهرًا للفاقة، قال الشيخ: وما قاله صحيح.

قلت: وحينئذٍ لا يكون دفعها إليه سُنةً، وإن لم يسأل؛ بل إما مكروهًا أو حرامًا، ومعرضه لها في معنى سواها، وسيأتي ما يؤيد هذا، نعم، إنما يستحب التنزه عن أخذها إذا ابتداء بها إذا لم يحصل بالرد بأذى أو قطيعة رحم ونحوها من المفاسد مع كونها من وجه حلال.

ومنها: وأما الكافر فإن كان له عهد أو ذمة أو قرابة أو يرجى بذلك إسلامه أو كان بأيدينا بأسرٍ ونحوه، فالتصدق عليه قربة، وقد مدح القرآن مطعم الأسير، وإن كان حربيًا ليس فيه شيء مما ذكرناه، ففي جواز التصدق عليه بماله دفع من المال نظر ولا سيما إذا كان يحمله إلى الدراهم.

ومنها: محل صدقة التطوع على الرقيق بغير ما يطعمه في الحال صدقةً على سيده حتى يختلف الحكم بين السيد الغني والمحتاج، لم أرَ فيه شيئًا، والظاهر أنه كذلك ولا سيما بما له وقع من المال.

ومنها: ينبغي تحريم دفعها للقاضي بسفره أو إقامته إذا كان فيه إعانة له على ذلك، وكذا يحرم دفعها إلى الفاسق المستعين بها على المعصية، والقياس: أنا إذا حرمنا السؤال على القادر على الكسب يحرم إسعافه بالإعطاء.

ومنها: استثنى في «الإحياء» من تحريم السؤال على القادر على الكسب المستغرق الوقت بطلب العلم، قال: ومتى أخذ مَن جوزنا له المسألة عالمًا

....

بأن باعث المعطي الحياء منه أو من الحاضرين ولولاه لما أعطاه؛ فهو حرام إجماعًا ويلزمه رده، ولا فرق بين أن يعطى لضربه ظاهر جلده بالسوط أو باطنه بسوط الحياء، فإن استحيا صاحبه استرده فعليه أن يثبته عليه بما يساوي قيمته في معرض الهبة لتحصل المعاملة، فإن لم يقبله فعليه رده إلى ورثته.

ومنها: قال الْغَزَالِيُّ: وسؤال ذي الغنى حرام، وذلك بأن يجد ما يأكله هو، ومن في كفالته يومهم وليلتهم ويسترهم من الناس ما يحتاجون إليه من الآنية، ويكفي كونها خزفية، وهل له السؤال ما يحتاج إليه بعد يومه وليلته؟ ينظر! فإن كان السؤال متيسرًا عند نفاد ذلك، لم يجز، وإلا جاز له أن يطلب ما يحتاج إليه لسنته، انتهى.

وينبغي أن يقال: يجوز طلب ما يحتاج إليه إلى وقت يعلم بالعادة بيسر السؤال والإسعاف فيه ولا يتجاوزه أسبوعًا كان، أو شهرًا، أو سنةً، أو دون ذلك.

ومنها: قال الْغَزَالِيُّ: وقد يعطى الإنسان المال لغيره تبرعًا لحاجته إليه، أو لنسبه، أو لصلاحه ونحو ذلك، فإن علم الآخذ أنه أعطاه لحاجته لم يحل له أخذه إلا أن يكون محتاجًا، أو لشرف نسبه، أو لعلمه، أو لدينه وصلاحه لم يحل له إلا أن يكون صادقًا في نسبه، وأن يكون في العلم كما اعتقده، وألا يكون من ظن دينه فاسقًا، في الباطن فسقًا لو علم به المعطي لما أعطاه.

قلت: وقياس كلامه أن يقال: لا يحل له إلا أن يكون في الدين، والصلاح كما ظنه المعطي، وإن لم يكن عنده فسق أصلًا.

ومنها: ذكر الحليمي في «منهاجه» في كلامه على الكبائر والصغائر ما لفظه: ورد السائل صغيره، فإن اجتمع على منعه، أو كان المنع من واحد إلا أنه زاد على المنع الانتهاز والإغلاظ فذاك كبيرةٌ، قال: وهكذا إن رأى محتاج موسعًا على طعام فتاقت نفسه إليه، وسأله منه فرده، فذاك كبيرة، انتهى.

وفيه إشكال، نعم ينقدح ما ذكره في المضرور، أو المضطر مع العلم بحاله، وأما مجرد رد السائل صغيره فغريب إلا أن يؤول على ما سيأتي في

وَدَفْعُهَا سِرًّا. وَفِي رَمَضَانَ، وَلِقَرِيبٍ وَجَارٍ أَفْضَلُ.

الشهادات إن شاء الله تعالى، وكذا رد الموسع والحكم بأنه كبيرة.

قال: (**وَدَفْعُهَا سِرًّا، وَفِي رَمَضَانَ، وَلِقَرِيبٍ، وَجَارٍ أَفْضَلُ**) فيه مسائل:

الأولى: دفعها سرًّا أفضل؛ لقوله تعالى: ﴿إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٧١] الآية.

ولقوله ﷺ: «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَوْمَ لا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ.. وَرَجُلٌ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ فَأَخْفَاهَا حَتَّى لَا تَعْلَمَ شِمَالُهُ مَا تُنْفِقُ يَمِينُهُ»(١) الحديث؛ فإن أظهرها، ولم يقصد رياء، ولا سمعة؛ بل ليقتدي به، وهو ممن يُقتدى به فأظهرها؛ للمقاصد الصالحة حينئذٍ أفضل، وعلى هذا جرى ابن عبد السلام، واختار الْغَزَالِيُّ بشرط ألا يتأذى لأحد بالإظهار؛ فإن تأذى به فالإخفاء أفضل.

الثانية: الصدقة في رمضان، وكل وقت فاضل أفضل منها في غيره، كما أشارت إليه الأحاديث الصحيحة، ولا يفهم من هذا أن من أراد التطوع بصدقة، أو بر في رجب أو شعبان مثلًا أن الأفضل له أن يؤخر ذلك إلى رمضان أو غيره من الأوقات الفاضلة؛ بل المسارعة إلى الصدقة أفضل بلا شك، وإنما المراد أن التصدق في رمضان، وغيره من الأوقات الشريفة أعظم أجرًا مما يقع في غيرها، وقد يشكل [على] ما ذكروه في رمضان الحديث الصحيح: «مَا مِنْ أَيَّامِ الْعَمَلُ فِيهَا أَحَبُّ إِلَى اللهِ مِنْ أَيَّامِ الْعَشْرِ»(٢) الحديث، يعني: عشر ذي الحجة.

الثالثة: الصدقة على القريب المحتاج أفضل منها على غيره؛ لقوله ﷺ: «صَدَقَتُكَ عَلَى الْمِسْكِينِ صَدَقَةٌ، وَهِيَ عَلَى ذِي الرَّحِمِ ثِنْتَانِ: صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ»(٣)

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٣٩، رقم ٩٦٦٣)، والبخاري (١/ ٢٣٤، رقم ٦٢٩)، ومسلم (٢/ ٧١٥، رقم ١٠٣١)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٦١، رقم ٥٩٢١)، وابن حبان (١٠/ ٣٣٨، رقم ٤٤٨٦). وابن خزيمة (١/ ١٨٥، رقم ٣٥٨).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٣٤٦، رقم ٣٢٢٨)، والبخاري (١/ ٣٢٩، رقم ٩٢٦).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢/ ٤١٣، رقم ١٠٥٤١)، وأحمد (٤/ ١٨، رقم ١٦٢٧٨)، والدارمي (١/ ٤٨٨، رقم ١٦٨١)، والترمذي (٣/ ٤٦، رقم ٦٥٨)، وقال: حسن. والنسائي (٥/ ٩٢، رقم =

....

حسَّنه الترمذي، وصححه ابن حبان.

قال في «الروضة»: وكذا الزكاة، والكفارة صرفها إليهم أفضل، إذا كانوا بصفة استحقاقها، والأولى أن يبدأ بذي الرحم المحرم الأقرب فالأقرب، وألحق بهم الزوج، والزوجة، ثم بذي الرحم على المحرم بالرضاع، ثم بالمصاهرة، ثم المولى من الطرفين، ثم الجار.

قلت: ينبغي أن يقال: ثم الولي من أعلا، ثم المولى من أسفل.

الرابعة: الصدقة على الجار، وبره والإحسان إليه، مجمع عليه والأحاديث الصحيحة مصرحة، وإنما التردد في تقديم الجار الأجنبي على الغريب الذي ليس بجار، قال في «الروضة» إثر قوله: «الجار»: فإن كان القريب بعيد الدار في البلد قُدِّم على الجار الأجنبي، وهو في ذلك متبعٌ للرافعي.

وقال في «شرح المهذب»: أجمعت الأمة على أن الصدقة على الأقارب أفضل من الأجانب، هكذا أطلق، والذي قاله الْمَاوَرْدِيُّ والقاضي أبو الطيب والأزهري وغيرهم أنه لو كان له جيران أجانب، وأقارب أباعد؛ فجيرانه أولى، وذُكر في «الوليمة» خلافًا نحو [هذا][(١)] وتكلمت عنه في «الغنية» هناك فبطلت منه، وأقرب الجارين بابًا أولى بالترتيب في «صحيح البخاري»، وهو بإطلاقه يقتضي أن أقربهما بابًا أولى من الأبعد بابًا، وإن كان قربه دون الأول.

فروع: يستحب أن يتصدق بما يحبه؛ للآية الكريمة، وأن يتحرى بصدقته أهل الخير والمحتاجين، والأحوج فالأحوج، وألا يمتنع من الصدقة بالقليل احتقارًا له ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۝٧﴾ [الزلزلة: ٧].

= ٢٥٨٢)، وابن ماجه (١/ ٥٩١، رقم ١٨٤٤)، وابن خزيمة (٤/ ٧٧، رقم ٢٣٨٥)، وابن حبان (٨/ ١٣٢، رقم ٣٣٤٤)، والطبراني (٦/ ٢٧٤، رقم ٦٢٠٤)، والحاكم (١/ ٥٦٤، رقم ١٤٧٦)، والبيهقي (٤/ ١٧٤، رقم ٧٥٢٤). وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢/ ٣٦٣، رقم ١١٣٦).

(١) في نسخة: (هكذا).

وَتُسَنُّ الصَّدَقَةُ بِالْمَاءِ، لِخَبَرِ: «أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: الْمَاءُ» أَيْ فِي الْأَمَاكِنِ الْمُحْتَاجِ إِلَيْهِ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْ غَيْرِهِ. وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ وَلَهُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَتَصَدَّقَ حَتَّى يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ.

وصحَّ: «اتَّقُوا النَّارَ، وَلَوْ بِشِقِّ تَمْرَةٍ»[١] وأن يعطى الصدقة بطيبة نفس وبشاشة وجه، ويحرم المن بها؛ فإنه يبطل ثوابها بنص القرآن، وأن يوسع على عياله في رمضان، قال الْمَاوَرْدِيُّ: لا سيما في العَشْر الآخر منه، وكذا في الأوقات الفاضلة كعشر ذي الحجة، وأيام العيد وعاشوراء.

قلت تفقهًا: ويوم الجمعة؛ لأنه عندنا أهل الإسلام كما جاء في الحديث، وأن يتصدق في الأماكن الشريفة كمكة والمدينة، وأن يُكثر منها أيام الحاجات المهمة، وفي الحج، والغزو، وعند ظهور الآيات كالكسوف والزلازل ونحوهما، وفي السفر والمرض، وعن مريضه، وجاءت أحاديث كثيرة في الحث على الصدقة بالمال.

قال: (**وَتُسَنُّ الصَّدَقَةُ بِالْمَاءِ، لِخَبَرِ: «أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: الْمَاءُ» أَيْ: فِي الْأَمَاكِنِ الْمُحْتَاجِ إِلَيْهِ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْ غَيْرِهِ**)[٢] [وَيُكْرَهُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَمَلَّكَ صَدَقَتَهُ، أَوْ زَكَاتَهُ أَوْ كَفَّارَتَهُ، أَوْ نَحْوَهَا مِنْ الَّذِي أَخَذَهَا لِخَبَرِ: «الْعَائِدُ فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»[٣] وَلِأَنَّهُ قَدْ يَسْتَحِي مِنْهُ فَيُحَابِيهِ، وَلَا يُكْرَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا مِنْ غَيْرِ مَنْ مَلَّكَهَا لَهُ وَلَا بِإِرْثٍ مِمَّنْ مَلَّكَهَا لَهُ][٤]. قال: (**وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ وَلَهُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ يُسْتَحَبُّ أَلَا يَتَصَدَّقَ حَتَّى يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ**) أي: تقديمًا للأهم.

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٢٥٨)، والبخاري (٢/ ٥١٤، رقم ١٣٥١)، ومسلم (٢/ ٧٠٤، رقم ١٠١٦)، والنسائي (٥/ ٧٤، رقم ٢٥٥٢) والطبراني (١٧/ ٨٩، رقم ٢٠٨)، والبغوي في الجعديات (١/ ٨١، رقم ٤٥٤)، والقضاعي (١/ ٣٩٧، رقم ٦٨٢)، والبيهقي في شعب الإيمان (١/ ٤٦٧، رقم ٧٣٣).

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (١/ ٣٠٢) وسعيد بن منصور (١/ ١٤٨، رقم ٤١٩).

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٢٩١، رقم ٢٦٤٦)، والبخاري (٢/ ٩١٥، رقم ٢٤٤٩)، ومسلم (٣/ ١٢٤١، رقم ١٦٢٢)، وأبو داود (٣/ ٢٩١، رقم ٣٥٣٨)، والنسائي (٦/ ٢٦٥، رقم ٣٦٩١)، وابن ماجه (٢/ ٧٩٧، رقم ٢٣٨٥).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من «تحفة المحتاج» (٢٩/ ١٤٧).

قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُ صَدَقَتِهِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِنَفَقَةِ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ أَوْ لِدَيْنٍ لَا يَرْجُو لَهُ وَفَاءً، وَالله أَعْلَمُ.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُ صَدَقَتِهِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِنَفَقَةِ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ، أَوْ لِدَيْنٍ لَا يَرْجُو لَهُ وَفَاءً، وَاللهُ أَعْلَمُ**) لأنه حق واجب فلا يحل تركه سنة، وصح أنه ﷺ قال:

«كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَقُوتُ»[1] رواه أبو داود، والنسائي وصححه الحاكم.

والحاصل في الدين، وغيره ثلاثة أوجه: عدم الاستحباب، والكراهة، والتحريم، هكذا جمعها في «شرح المهذب»، وصحح التحريم بالنسبة إلى نفسه أيضًا، وجعل في «الروضة» وجه التحريم أصح بالنسبة إلى نفقة عياله، ووجه عدم الاستحباب أصح في نفقة نفسه، وهذا أجود مما في «شرح المهذب» كيف! وهو يرى أن المضطر أن يؤثر على نفسه مضطرًا آخر، فكيف يحرم عليه الصدقة بما يحتاج إليه بلا ضرورة.

وقال المحب الطبري في «شرح التنبيه»: في إطلاق التحريم نظر؛ فإن كبار الصحابة كانوا يؤثرون في حال الضرورة ويخرجون من جميع أموالهم، ولا يتركون لعيالهم شيئًا، كقصة الصديق رضي الله عنه وعلل بعضهم عياله من مؤنتهم، وآثر بها ويعترضون ويتصدقون، وكثير من السلف كذلك، والظاهر اختلاف الحكم باختلاف الأحوال، انتهى.

تنبيهات: أحدها: الوجه أنه إذا كان منه صبرٌ، ومن عياله العقلاء البالغين، وأذنوا له في ذلك أن الأفضل له التصدق، ويشمله، وإياهم قوله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩] وسبب نزولها مشهور في الصحيح، والجواب عن قصة الصغيرين مشهور أيضًا.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٦٠، رقم ٦٤٩٥)، وأبو داود (٢/ ١٣٢، رقم ١٦٩٢)، والحاكم (١/ ٥٧٥، رقم ١٥١٥)، والبيهقي (٧/ ٤٦٧، رقم ١٥٤٧٢). والطيالسي (ص ٣٠١، رقم ٢٢٨١)، والبزار (٦/ ٣٩٢، رقم ٢٤١٥)، وابن حبان (١٠/ ٥١، رقم ٤٢٤٠)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٧٤، رقم ٩١٧٧).

....

ثانيها: قال ابن الرِّفْعَة: الظاهر أنه لا فرق بين دين الزكاة وغيره؛ لأنها على الفور، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: لا تستحب الصدقة وهي عليه.

قلت: إنما قال هذا؛ لأنه أطلق القول بأنه لا يستحب لمن عليه دين أن يتصدق تطوعًا، وإذا أوجبنا إخراج الزكاة على الفور؛ فالوجه تحريم التطوع بما يلزمه صرفه إليها؛ لأنه كالمنتقل مع ضيق وقت الفريضة، وكذا حكم كل دين يوجب دفعه على الفور بمطالبة رب الدين أو غيرها بأن لزمه من غصب أو إتلاف عدوانًا، أو كان ليتيم ونحو ذلك، ولا مانع من الدفع والكلام في غير هذه الأحوال بلا شك.

ثالثها: قال ابن الرِّفْعَة: هذا في الدين الحال أما المؤجل؛ فينبغي أن يلتحق بما إذا احتاج إليه في نفقة عياله في المستقبل، انتهى.

وقد يفرق لشغل ذمته به الآن بخلاف نفقة العيال في المستقبل؛ ولأنه قد يحل قبل الغد بموت أو غيره، وأيضًا فإن إعساره بنفقة القريب فيما يأتي لا يتعلق بذمته دين بخلاف حلول الدين، وأيضًا فالدين مقدم على نفقة الأهل إلا في يوم واحد، وهذه مما يعاب محتملة، والظاهر أنه إذا كان يرجو وفاء المؤجل عند محله جواز التصدق مما يجده الآن، وكذا لو كان حالًا ولم يوجب قضاءه على الفور، إما لرضا صاحبه؛ أو لأن الشرع جعله متراخيًا كتكفيرٍ لم يعص بسببه، ولو قيل: إن الصدقة حرام أو مكروهة على من عليه دين ما؛ لسد باب التطوع، فإن غالب الناس لا يخلو ذمته عن دين من مهر أو غيره.

رابعها: قول المصنف: «لا يرجو له وفاء» يفهم أنه يكفي في منع التحريم مطلق رجاء الوفاء، وفيه نظر، وينبغي أن يفرق بين الرجاء القريب والبعيد، وبين الدين المتوجه الوفاء في الحال، وغيره كما بيناه، وكذا ما يجب أداؤه على الفور في محله يعتبر أن يكون الرجاء وقت حلوله لا بعده بزمن له دفع.

خامسها: قول الرَّافِعِي وغيره: يستحب ألا يتصدق حتى يؤدي ما عليه ليس على إطلاقه؛ فإنه لا يقول أحد فيما أظن إن من عليه صداق أو غيره أنه

وَفِي اسْتِحْبَابِ الصَّدَقَةِ بِمَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ أَوْجُهٌ: أَصَحُّهُمَا إنْ لَمْ يَشُقَّ عَلَيْهِ الصَّبْرُ اُسْتُحِبَّ، وَإِلَّا فَلَا].

إذا تصدق برغيف ونحوه، ما يقطع بأنه لو بقي لم يدفعه إلى جهة الدين، وكذا إذا قلنا: بالتحريم أو الكراهة، وإنما المراد أن المسارعة إلى براءة الذمة أولى، وأحق من التطوع على الجملة، والله أعلم.

سادسها: حيث حرمنا عليه التصدق، وتلك يملك المتصدق عليه ما دفعه إليه، قال ابن الرِّفْعَة: يشبه أن يكون على الوجهين فيما إذا وهب الماء الذي يحتاجه بعد دخول الوقت.

قلت: قد يفرق إنه قد تعلق به حق آدمي، وهو المنفَق عليه من قريب، وزوجه، ويوجه عليه صرفه فيه في الحال؛ بخلاف الماء عند اتساع الوقت أو عند ضيقه؛ لأن له بدلًا، وهو التراب.

قال: (**وَفِي اسْتِحْبَابِ الصَّدَقَةِ بِمَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ أَوْجُهٌ: أَصَحُّهَا: إنْ لَمْ يَشُقَّ عَلَيْهِ الصَّبْرُ اسْتُحِبَّ، وَإِلَّا فَلَا**) المراد الفاضل عن دينه ونفقته ونفقة عياله وسائر مؤنتهم، كما قال في «شرح المهذب»: وما صححه هنا أن به قطع الجمهور.

وقوله: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: فلا يستحب، وقال العمراني، والْغَزَالِيُّ: يكره وعلى ذلك تحمل الأحاديث المختلف ظواهرها في الباب.

والوجه الثاني: يحتسب بجميع الفاضل مطلقًا؛ تأسيًا بالصديق رضي الله عنه وقبول النبي ﷺ ذلك منه. رواه أبو داود، وصححه الترمذي، والحاكم.

والثالث: لا يستحب مطلقًا؛ لقوله ﷺ: «**خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنًى**»(١) رواه أبو داود وصححه ابن حبان، والحاكم، وقال: على شرط مسلم.

قال الْحَلِيمِي: ولا ينبغي لأحد أن يتصدق بجميع ما عنده ويحوج نفسه إلى غيره.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢٠٤٨، رقم ٥٠٤٠)، وأبو داود (٢/ ١٢٩، رقم ١٦٧٦) وابن حبان (٨/ ١٤٩ رقم ٣٣٦٣) وأحمد (٣/ ٤٣٤ رقم ١٥٦١٥)، ومسلم (٢/ ٧١٧ رقم ١٠٣٤)، والنسائي (٥/ ٦٩، رقم ٢٥٤٣) والحاكم (١/ ٥٧٣ رقم ١٥٠٧).

....

واعلم أن محل الأوجه في تصدقه بجميع الفاضل عن حاجته أما التصدق من الفاضل عن كفايته، وما يلزمه بشيء فقد قال به الأصحاب، والعلماء كافَّة، قال في «شرح المهذب»: ودلائله مشهورة في القرآن والسنة والإجماع.

إشارة: أطلق المصنف ذكر الفاضل الذي هو محل الأوجه، والوفاق بالنسبة إلى التصدق بشيء منه، هل المراد به حاجته في الحال أو نفقة اليوم والليلة وما لا بد له منه لنفسه ومَنْ تلزمه نفقته من كسوة، وأثاث في الوقت الحاضر؟ أو المراد به الفاضل عن حاجته في الحال، وما يليه ما لم يتوقع حصول ما يصرفه في حاجاته الواجبة في وقت ثانٍ؟ وقد يقال: يدخر لنفسه وعياله قوت سنة، ويتصدق بالفاضل إذا لم يتوقع حصول شيء قبل مضي العام كمن يأتيه غلة وقف في العام مرة أو معلوم أو رزق من بيت المال، هذا كله يحتاج إلى تحريرٍ [شاف][١].

فروع حسنة:

منها: قال الأئمة: يستحب المنحة شاة كانت أو غيرها، وهو أن يدفع إليه الدابة؛ ليأكل درها مدة، وقد جاء في تأكدها أحاديث، ويحسن إلحاق الاستحباب؛ لأكل الثمار بذلك.

ومنها: سبق أنه يكره التصدق بالرديء إذا وجد غيره، وبما فيه شبهة، ويستحب إعارة الماعون كالدلو، والقدر، والسكين، والفأس، والمكيل، والميزان، ونحوها [وقال صاحب «التعجيز» في شرح كتاب الزكاة: يجب ذلك، وهو غريب.

ومنها: قال في «شرح المهذب»: يجوز للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها للسائل وغيره، وبما أذن فيه صريحًا، وبما لم يأذن فيه، ولم ينه عنه؛ إذا علمت رضاه به، وإن لم تعلم رضاه فهو حرام، صرح به أصحابنا وغيرهم، وهو متعين، وعليه تحمل الأحاديث الواردة في ذلك، وهكذا حُكم المملوك

---

(١) في نسخة: (شاق).

....

المتصرف في مال سيده في هذا التفصيل.

قلت: ومتى شك في الرضا حرم.

ومنها: وفيه تكرار؛ لكن بفوائد، قال الْحَلِيمِي: لصدقة التطوع شروط، وآداب:

منها: أن يكون من فضل المال، ولا ينبغي لأحد أن يتصدق بجميع ماله ويحوج نفسه إلى غيره، وأن يبدأ بذوي أرحامه، ويبدأ منهم بالكاشح؛ فإن فضل عن قرابته فعلى الجيران؛ فإن فضل عنهم فعلى المتعفف المحتاج.

ومنها: أن يخفيها إذا استطاع، ثم لا يتحدث بها.

ومنها: ألا يمُن على السائل، ولا يؤذيه بالتعبير.

ومنها: أن يحبس أصل المال إذا أراد الصدقة، وسبل المنفعة.

ومنها: أن يتصدق بأحب أمواله إليه.

ومنها: إذا تصدق في وقت دون وقت تحرَّى بصدقته يوم الجمعة، ومن الشهور رمضان، وفي هذا نظر قدمته.

ومنها: أن يتصدق بيده، ولا يكله إلى غيره.

ومنها: أن يَكُون مُقِلًّا فيسمح بالفضل عن ضرورته.

ومنها: أن يتصدق من كسب يده.

ومنها: قال الْحَلِيمِي: إذا كانت الصدقة عن سؤال فلها شروط، وآداب، ولإعطائه مثلها، فمن شروط السؤال: أن يكون عن حاجة، ومن آدابه: ألا يسأل في المسجد، ولا بالقرآن، ولا يلح إذا سأل، وألا يتسخط بما يُعطاه وإن قلَّ، وألا يسأل مقدارًا معلومًا من مال معلوم. **قلت**: ويحتمل أن يكون غير المعلوم كالمعلوم؛ إذا كان المسؤول شخصًا واحدًا.

قال: وألا يسأل بالله ﷻ، وذكر فيه حديثًا، ثم قال: وهذا يدل على أن السؤال بالله تعالى يختلف؛ فإن كان - يعني المسؤول- ممن يعلم السائل أنه

....

إذا سأله بالله تعالى اهتزّ لإعطائه وأغنمه؛ جاز له سؤاله به سبحانه وتعالى، وإن كان ممن يتلوى، ويتضجر، ولا يأمن أن يرده عليه؛ فحرام عليه إن يسأل بالله تعالى، وقرر ذلك ثم قال: والمسؤول ينبغي إذا سئل بوجه الله تعالى، ألا يمتنع، ولا يرد السائل، ولو بظِلْف محترق، وأن يعطيه طيب النفس منشرح الصدر ناويًا عند إعطائه السائل وغيره التصدق عليه، أو أنه يعطيه لوجه الله تعالى، وإن نوى شكرًا لنعم الله عليه، أو استدفاعًا من الله لبلاءٍ قد أظله جاز، فإن لم يكن عنده شيء فليدع السائل بالرزق وغيره.

قلت: ويوجد مما ذكره في تحريم السؤال بالله تعالى إذا علم السائل أنه يرده، أو تردد فيه أنه يحرم القسم بالله سبحانه وتعالى على من يتردد القسم في أن المقسم عليه يبر قسمه أم لا، وفيه نظر بخلاف ما لو غلب على ظنه أنه لا يبره فيظهر التحريم إجلالًا لاسمه العظيم سبحانه وتعالى عن الابتذال بالرد، وفي بعض ذكره مخالفة لبعض ما قدمناه يدرك بالتأمل!.

فائدة: عن «أمالي ابن عبد السلام» أنه لو كان له دارًا قيمتها ألف درهم، وأجرتها كل شهر دينار، فهل الأولى بيعها بألف، والتصدق بها أو وقفها؟

قال: إطلاق القول فيها خطأ؛ بل نقول ذلك بحسب المصلحة؛ فإن كان الوجه الذي يصرف فيه الثمن مصلحته أعظم من المصلحة الناشئة عن الوقف كان البيع، والصرف أفضل، ولا نظر إلى كثرة الأجرة، وإن كان الوجه الذي يوقف عليه مصلحته أرجح، كان الوقف أفضل، ولا نظر إلى كثرة الثمن، وإن استوت المصلحتان استويا، انتهى.

وما قاله - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - حسن؛ لكن الموازنة بين المصالح تخفى على غالب الناس، فلا يتحصل العامِّي على شيء من إجابته، بهذا التفصيل ينبغي للعالم أن يفصح عن الأصلح، ويفتيه بأنه الأفضل له، وسبق عن الْحَلِيمِي إطلاق القول بأنه إذا أراد الصدقة أنه يحبس الأصل أو سبل المنفعة، وسيأتي إن شاء الله تعالى عن القاضي الحسين أو غيره أنه إذا أراد التصدق بشيء نذر المتصدق به، ثم صرفه ليثاب عليه ثواب الواجب، والله أعلم وبه التوفيق، وأسأله الإعانة.

قال المصنف: [هُوَ مُسْتَحَبٌّ لِمُحْتَاجٍ إِلَيْهِ يَجِدُ أُهْبَتَهُ، ....

قال الشارح: أصله لغةً: الوطء، وسمي به العقد؛ لأنه سنة، قاله الأزهري، وقال الزجاجي: هو في كلامهم بمعنى العقد والوطء جميعًا، وأصح الأوجه لأصحابنا: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، كما ورد به القرآن، والأحاديث، وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] إنما حمل على الوطء للحديث: «حتى تذوق عسيلته»[1].

وثانيها: عكسه؛ لأنه من الضم.

وثالثها: أنه حقيقة فيهما بالاشتراك، وفائدة الخلاف تظهر بيننا، وبين أبي حنيفة في أن [الوطء بالزنا هل يحرم ما حرمه][2] النكاح أو لا؟ فعندنا: لا، وعنده: نعم، قاله الْمَاوَرْدِيُّ، والأصل في مشروعيته من الكتاب آيات منها قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣] وقوله: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وقوله: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ [النساء: ٢٥].

والسنة طافحةٌ به فعلًا، وقولًا، وأجمع أهل الملل على جوازه، واختلف أصحابنا وغيرهم في وجوبه في بعض الأحوال، واستحبابه كما سيأتي بيانه.

قال: (**هُوَ مُسْتَحَبٌّ لِمُحْتَاجٍ إِلَيْهِ يَجِدُ أُهْبَتَهُ**) المراد الحاجة إلى الوقاع؛ فإن كان خصيًّا كما اقتضاه كلام الْغَزَالِيِّ في «الإحياء» قال: حتى أن الممسوح الذي لا يتوقع له ولد، لا ينقطع الاستحباب في حقه، وذكر الشيخان أنه يكره للمجنون النكاح؛ فالممسوح على هذا أولى بالكراهة، وفيه نظر يأتي إن شاء الله تعالى؛ لما فيه من تحصين الدين، وسواء المقبل على العبادة وغيره،

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٨٣، رقم ٥٤٥٦)، ومسلم (٢/ ١٠٥٦، رقم ١٤٣٣)، والنسائي (٦/ ١٤٦، رقم ٣٤٠٨). وأحمد في المسند (٦/ ١٩٣) وسعيد بن منصور في السنن (٢/ ٤٧).

(٢) زيادة لازمة من: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٧/ ٧).

....

وقيل: الاشتغال بالعبادة للمقبل عليها أولى؛ لما فيه من الحظر، ولزوم الحقوق، والمذهب الأول؛ لقوله ﷺ: «يا معاشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء»[١] متفق عليه. والوجاء: قطع الشهوة، والباءة بالمد: القدرة على المؤن، وبالقصر: الوطء.

[وفي رواية للنسائي: «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ ذَا طَوْلٍ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ»[٢] وهي مبينة للرواية المشهورة].

إشارات: إحداها: عباراتهم يستحب النكاح للتائق الواجد الأهبة، والوجه الجزم بكراهية الترك إذا لم يتسر، ولا سيما شديد التوقان، ضعيف التقوى، ولم يصرحوا بنفي الكراهة فيما ذكرناه.

ولنا وجه: أنه فرض كفاية، ووجه: أنه إن خاف الزنا وجب عليه النكاح، أو التَّسَرِّي، ونسبه القاضي عياض في التزويج إلى الظاهرية، وقال: إنه غير مخالف لمذهب الكافة، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: الذي نطق به مذهب مالك ندبة، وقد يختلف حكمه باختلاف الأحوال فيجب عندنا تارةً في حق من لا يكف عن الزنا إلا به، وقد أوجبه بعض أصحابنا، ومحله ما ذكرناه، وتابعه عياض، وأعجب من المصنف.

وقوله في «شرح مسلم»: إن الأمر بالنكاح لمن استطاعه، وتاق إليه أمر ندبٍ عندنا، وعند الكافة، ولا نعلم أحد أوجبه إلا الظاهرية، ورواية عن أحمد، فقالوا: يلزمه إذا خاف العنت أن يتزوج أو يتسرى، انتهى.

مع وقوفه على كلام الْمَاوَرْدِي، وعياض، ونقل نصه بحروفه، وقال

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٧٨، رقم ٣٥٩٢)، والبخاري (٥/ ١٩٥٠، رقم ٤٧٧٨)، ومسلم (٢/ ١٠١٨، رقم ١٤٠٠)، وأبو داود (٢/ ٢١٩، رقم ٢٠٤٦)، والترمذي (٣/ ٣٩٢، رقم ١٠٨١)، والنسائي (٤/ ١٧٠، رقم ٢٢٤٢)، وابن ماجه (١/ ٥٩٢، رقم ١٨٤٥)، وابن حبان (٩/ ٣٣٥، رقم ٤٠٢٦).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٥٨، رقم ٤١١) والنسائي في الكبرى (٢/ ٩٦، رقم ٢٥٥١).

....

الجوري: وقال داود: النكاح فرض، وهو قول بعض من تقدم، وقد أشار إليه الشَّافِعِي في بعض المواضع في كتاب «عِشْرة النساء» انتهى.

ورأيته رضي الله عنه في «الأم» قد أشار إلى قولين، فقال: يحتمل أن يكون دلهم على ما فيه رشدهم بالنكاح بقوله تعالى: ﴿إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢] فإنه سبب للغنى والعفاف، ثم قال: ويحتمل أن يكون الأمر بالنكاح حتمًا، وفي كل الحتم من الله الرشد فيجتمع الحتم والرشد، انتهى لفظه.

وجزم به الشيخ أبو عمرو المصعبي في «شرحه لمختصر الجويني» حيث قال: والنكاح ليس بواجب إلا أن يكون يخاف على نفسه الضرر، ويخاف المعصية إن لم يتزوج، ولا يصبر على ذلك؛ فيكون عليه أن يتزوج، انتهى لفظه.

فجعل هذه الحالة مستثناة جزمًا، والحقُّ أنه إذا تعين طريقًا في دفع الزنا تعين هو أو التسري بشرطه، ولا أحسب أحدًا يخالف في هذا، نعم التسري في هذه الأعصار كالمتعذر على المذهب؛ لما ذكره الشيخ أبو محمد في «التبصرة» أن أصول الكتاب، والسنة، والإجماع مطابقة على تحريم وطء السراري اللاتي يُجلبن اليوم من الروم، والتُّرك، والهند إلا أن ينتصب في المغانم من جهة الإمام مَنْ يحسن قسمتها فيقسمها من غير حيفٍ، وظلم، وقرر ذلك تقريرًا واضحًا.

وقال شيخه الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: إذا اشترى اليوم جاريةً لا يحل له وطؤها؛ لأن هؤلاء الأمراء لا يخرجون الخمس منها، وأكثرهم لا يعطون حق الغانمين، فعلى هذا لا يجوز شراء الجواري والعبيد، نعم ما يسبي الكفار بعضهم من بعضٍ، يجوز للمسلم شراؤها، ووطؤها؛ إذ لا خمس على الكافر، انتهى.

والمأخوذ سرقةً ونحوها غنيمة على المذهب كما سبق.

واعلم أيضًا أن ما نقله المصنف عن الإمام أحمد ليس على وجهه في الرواية المذكورة عنه: أنه يجب وإن لم يخف العنت، وهو ظاهر ما نقله الجوري عن الشَّافِعِي، وحكيناه عنه أيضًا، أما إذا كان خائفًا من الْوُقُوع [فِي

....

الْمَحْذُور] فمذهب الحنابلة وجوبه، قال الشيخ الموفق في «المغني»: إنه قول عامة الفقهاء، فاعلم.

الثانية: في اعتبار الأهبة جرى أكثر المتأخرين، وكلام الشَّافِعِي في «الأم» و«المختصر» يُفهم استحباب النكاح؛ للتائق مطلقًا.

قال في «الأم» في باب ما جاء في النكاح: وإذا كان الرجل ولي نفسه والمرأة؛ أحببت لكل واحد منهما النكاح إذا كانا ممن يتوق إليه؛ لأن الله تعالى أمر به ورضيه، وندب إليه، ثم ذكر عن عمر رضي الله عنه أنه قال: مَا رَأَيْت مِثْلَ مَنْ تَرَكَ النِّكَاحَ بَعْدُ هذه الآية: ﴿إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢].

قلت: وصحح ابن حبان وحسَّن الترمذي حديث: «ثلاثة حقٌّ على الله أن يعينهم: الناكح يريد أن يستعف. . . .»[١] الحديث.

ولم يتعرض الشَّافِعِي لاعتبار الأهبة في الاستحباب؛ بل ساق هذا الأثر مشيرًا إلى عدم اعتبارها، وكذلك أطلق خلائق من العراقيين تبعًا للنص منهم أبو الطيب، وسليم في «المجرد».

وصحح الحاكم حديث: «تزوجوا النساء فإنهن يأتينكم بالمال»، فالآية الكريمة، والحديثان على وفقها، وفيها الحث على نكاح الفقراء، ولو لم يكن ذلك محبوبًا لهم لما حثَّ سبحانه على إسعافهم به، ولا يعارض ذلك قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٣] ولا حديث: «يا معاشر الشباب»[٢] إذ الجمع بين الجميع ممكن، ولا نزاع أن الجمع بين [الدليلين] أولى من إلغاء أحدهما والله أعلم.

الثالثة: قال ابن الرِّفْعَة في باب القسم من «مطلبه»: أطلق بعضهم أن النكاح

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٣٧، رقم ٩٦٢٩)، والترمذي (٤/ ١٨٤، رقم ١٦٥٥)، وقال: حسن. والنسائي (٦/ ١٥، رقم ٣١٢٠)، وابن ماجه (٢/ ٨٤١، رقم ٢٥١٨)، والحاكم (٢/ ٢٣٦، رقم ٢٨٥٩) وقال: صحيح على شرط مسلم. وابن حبان (٩/ ٣٣٩، رقم ٤٠٣٠)، والبيهقي (٧/ ٧٨، رقم ١٣٢٣٤).

(٢) تقدم تخريجه.

فَإِنْ فَقَدَهَا أُسْتُحِبَّ تَرْكُهُ، وَيَكْسِرُ شَهْوَتَهُ بِالصَّوْمِ، فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ كُرِهَ إِنْ فَقَدَ الْأُهْبَةَ،

لا يجب إلا في صورة واحدة على أحد الوجهين، وهي إذا نذره حيث كان النكاح مستحبًا، وبعضهم استثنى حالة خوف العنت إذا لم يقدر على التسري، انتهى.

وهذا الاستثناء حقٌّ إذا تعين طريقًا؛ لدفع الزنا كما سبق، وأشار بأحد الوجهين إلى الوجهين في انعقاد النذر بكل قربة لا تجب ابتداءً، والصحيح الانعقاد.

فرع: يُستحب للمرأة إذا تاقت أن تتزوج، نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب، والوجوب عليها إذا تعين طريقًا في دفع الزنا ودعيت إليه - أعني: إلى التزوج- أظهر من وجوبه على الرجل، وقد يلزمها من وجهٍ آخر: وهو إذا لم تأمن على نفسها من أهل الفجور، ولو تزوجت لأمنتهم فتأمله.

قال: (**فَإِنْ فَقَدَهَا أُسْتُحِبَّ تَرْكُهُ، وَيَكْسِرُ شَهْوَتَهُ بِالصَّوْمِ**) للحديث: «معاشر الشباب» وقد قدمنا ما في ذلك، وأجيب عن قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ﴾ [النور: ٣٣] بحملها على مَنْ لم يجد من يزوجه، قيل: أو على غير التائق، وفيه نظر، وإذا لم يكسر شهوته بالصوم، قال جماعة، وتبعهم الشيخان: لا يكسرها بكافور ونحوه؛ بل يتزوج، وعبارة الْبَغَوِي قال في «التهذيب» و«التعليق»: ويُكره أن يحتال لقطع شهوته، قال ابن الرِّفْعَة: لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنْ الِاخْتِصَاءِ، وذكر الْبَغَوِي في «شرح السُّنة» بعد ذكر حديث: «معاشر الشباب»: إن فيه دليل على أن من لا يجد الأهبة يجوز له المعالجة؛ لقطع الباه بالأدوية.

قلت: فيه نظرٌ، وكلام «التهذيب» أصح لخطر الأدوية، ويحتمل أن يحرم استعمال الكافور إلا أن يخاف العنت، ولا يجد ما يغني عنه فيأخذ منه ما يشهد الطِّبُّ بأنه لايضره ضررًا بيِّنًا، وقد استعمله قوم؛ فأورثهم عللًا مزمنة، وأطلق كثيرون بأنه يكسر شهوته بالصوم؛ لظاهر الحديث؛ فإن إدمانه لا تدوم معه الشهوة غالبًا، وإنما تحصل الحدة في أوائله، ثم تنكسر الشهوة، ويحَسُن أن يتجنب كل ما يثير الشهوة من غير حاجة إليه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ كُرِهَ إِنْ فَقَدَ الْأُهْبَةَ**)؛ لما فيه من التزام ما لا يمكنه

وَإِلَّا فَلَا لَكِنْ الْعِبَادَةُ أَفْضَلُ.

قُلْتُ: فَإِنْ لَمْ يَتَعَبَّدْ فَالنِّكَاحُ أَفْضَلُ فِي الْأَصَحِّ، ....

القيام به من غير حاجة، وهذا ظاهر إذا لم يحتج إليه بوجه؛ لكن مراد المصنف: ما لم يحتج إليه لغرض الجماع، والأشبه أنه إذا احتاج إليه كغيره من الأغراض الصحيحة، أنه لا يكره كما سنبينه، والتحقيق أن دفع أعظم المفسدين أولى بالمراعاة.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم يفقد الأهبة مع حاجته إلى عدم الوقاع لم يكره له[1].

قال: (**لَكِنْ الْعِبَادَةُ أَفْضَلُ**) أي: التخلي لها في هذه الحالة أفضل منه؛ لعدم حاجته إليه، وأشار بعضهم إلى وجهين في هذه الحالة.

إشارة: كان الأحسن أن يقول: لكن التخلي للعبادة أفضل كما عبَّر الجمهور.

قال: (**قُلْتُ: فَإِنْ لَمْ يَتَعَبَّدْ فَالنِّكَاحُ أَفْضَلُ فِي الْأَصَحِّ**) لأن البطالة قد تفضي إلى الفواحش، والثاني: تركه أفضل؛ لخطر القيام بواجباته مع الاستغناء عنه، وحكاهما في «البيان» قولين، ويحتمل أن يقال: يكره إذا لم يحتج إليه بوجه؛ لإضاعة المال؛ وللإضرار بها؛ لأنه لا يحصنها، وربما أوقعها في محظور، وقد حرَّم بعض المالكية التزوج عليه في هذه الحالة، فتأمله.

نعم إن تزوج رتقاء أو قرناء أو فاركًا، وهي التي لا تريد الوطء فلا بأس، والله أعلم.

[قلت]: واعلم أن هذا التقسيم الخارج من كلام الكتاب ذكره المراوزة، وتبعهم العمراني، والرُّويَانِيّ في «الحلية»[2] والشيخان في كتبهما، والذي نص عليه في كتبه «الأم» و«المختصر» وغيرهما أن الناس في النكاح ضربان: من يتوق إليه يُستحب له كما سبق بيانه، ومن لا يتوق إليه بأن لم تُخلق فيه شهوة،

---

(١) في نسخة: (وإن يفقد الأهبة مع عدم حاجته إلى الوقاع يكره له).

(٢) في نسخة: في (البحر).

فَإِنْ وَجَدَ الْأُهْبَةَ وَبِهِ عِلَّةٌ كَهَرَمٍ أَوْ مَرَضٍ دَائِمٍ أَوْ تَعْنِينٍ كُرِهَ، وَالله أَعْلَمُ.

أو كان قد كبر وذهبت شهوته فيستحب له تركه، والتخلي لعبادة ربّه، وعلى مقتضاه جرى الشيخ أبو حامد قال: وكنت أرتب قبل هذا ترتيبًا غيره وهو أن الناس في النكاح على أربعة أضرب؛ ولكن رأيت هذا الترتيب منصوصًا للشافعي في «أحكام القرآن» فذكرته، انتهى.

وتبعه على ما ذكره أتباعه كالمحاملي وسليم والْبَنْدَنِيجِي، قال: ولأصحابنا تفصيل غير مرضٍ، وعلى تفصيل النص جرى الجوري والجرجاني وابن الصباغ، وهو قضية إطلاق «التنبيه» وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ استحبابه للتائق إذا كان شديد الشهوة بحيث تنازعه نفسه، وإن لم يحدثها به، فإن كان مصروفها وإذا حدث به نفسه [لا يريده؛ استحب له تركه، وإن كان معتدل الشهوة إن صرف نفسه صبر] وإن حدثها به قدرًا، فإن كان مشتغلًا بطاعة من عبادة أو علم فتشاغله به أفضل وأولى، وإن كان مشتغلًا بدنياه فالنكاح أولى من تركه، انتهى.

[قيل] فيخرج من كلامه أنه إذا لم تطلبه نفسه، وإن حدثها به، أنه لا يستحب له سواء اشتغل بعبادة أم لا، انتهى.

وقول ابن الرفعة: قال الْمَاوَرْدِيُّ: التائق إلى النكاح، وإن لم يجد بأهبة يندب إليه، سهو محرف من قوله: «وإن لم يحدثها به»، انتهى.

وما ذكرته وما سقته من كلام أبي حامد وشيعته مؤكد لما قلته من استحبابه للتائق الفاقد للأهبة، وقضية كلام الفوراني: إن التائق إذا فقد الأهبة، لا يندب له النكاح ولا تركه، وهذه مقالة ثالثة في صورة الكتاب.

قال: (**فَإِنْ وَجَدَ الْأُهْبَةَ وَبِهِ عِلَّةٌ كَهَرَمٍ، أَوْ مَرَضٍ دَائِمٍ، أَوْ تَعْنِينٍ كُرِهَ، وَالله أَعْلَمُ**) هكذا أطلقه غيره معللًا بعدم الحاجة، وينبغي أن يكون محل الكراهة حيث لا حاجة إليه أصلًا، أما لو احتاج الشيخ، والعنين، والمريض ونحوهم إلى مَنْ يخدمه فنكح لذلك من يخدمه، لم يكره، وقد قالوا: إن الْمَجْبُوبَ الذي لا يحتاج إلى الجماع أنه يزوج لحاجة الخدمة؛ بل في كلام «الروضة» أنه يجب تزويجه لهذا المعنى، نعم يتجنب الشابة التائقة لئلا يضر بها، ثم رأيت مَنْ أدركته

وَيُسْتَحَبُّ دَيِّنَةٌ بِكْرٌ ....

من فقهاء العصر أنكر الكراهة؛ لأن مقاصد النكاح لا تنحصر في الجماع؛ بل للمريض بقصد من يؤنسه ويخدمه، وكذلك العنين والْمَجْبُوبِ والكبير، وأي نهي ورد حتى يقال: إنه مكروه، وقد نقلا عن «تجربة الرُّويَانِيّ» أن للمجبوب نكاح الأمة خوف الوقوع في الفعل المأثوم، انتهى.

وفي «الإحياء» أنه يُستحب النكاح للعنين؛ لأن نهضات الشهوة خفية لا يُطلع عليها، ويؤمر به الممسوح الذي لا يتوقع [له ولد] اقتداءً وتشبهًا بالصالحين، انتهى.

وقد تتوق نفس من ذكره للاستمتاع بالتقبيل وغيره من أنواع التلذذ والاستمتاع؛ فهذا يُستحب له النكاح إذا خاف أن يفعله حرامًا، وينبغي أن تُنكح الرتقاء ونحوها، والفارك دون الشابة التائقة، وزاد في أمثلة صورة «الكتاب» المجبوب بالباء، وفيه مخالفة لكلام الرُّويَانِيّ والْغَزَالِيّ.

تنبيه: أطلقا أنه يكره للمريض والعنين، وعبارة «الكتاب» كما بيناه، وهي توهم تقييد الدوام بالمرض فقط، والوجه أن يقال: مرضٌ أو عِنَّةٌ دائمان، أما لو كان يُعن في وقت دون وقت فلا؛ بل أطلق الْغَزَالِيُّ القولَ: بالاستحباب للعنة، ومراده المرجو زوالها.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ دَيِّنَةٌ**)؛ لقوله ﷺ: «تُنكح المرأة لأربع: لمالها ولجمالها ولحسبها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»[1] متفق عليه.

قال: (**بِكْرٌ**)؛ لما صح من الحث عليه في حديث جابر المتفق عليه وغيره إلا أن تكون مصلحته في نكاح الثيب أرجح؛ لأن جابرًا لما أبدا عذره في العدول عن البكر إلى الثيب في تمشيط أخواته، والقيام عليهن؛ قال له عليه السلام: «أصبت»[2] رواه البخاري، وقد يعجز عن افتضاض البكر، وقد يكون الأصلح

(١) أخرجه البخاري (٥/ ١٩٥٨، رقم ٤٨٠٢)، ومسلم (٢/ ١٠٨٦، رقم ١٤٦٦)، وأبو داود (٢/ ٢١٩، رقم ٢٠٤٧)، والبيهقي (٧/ ٧٩، رقم ١٣٢٤٤)، وابن ماجه (١/ ٥٩٧، رقم ١٨٥٨)، وابن حبان (٩/ ٣٤٤، رقم ٤٠٣٦).

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٢٨، رقم ٥٢٨٧).

نَسِيبَةٌ لَيْسَتْ قَرَابَةً قَرِيبَةً، ....

له نكاح الرتقاء ونحوها، كما أشرنا إليه قريبًا.

قال: (نَسِيبَةٌ) أي: طيبة الأصل؛ بل يكره نكاح بنت الزنا، وابنة الفاسق، ويشبه أن يلحق بهما اللقيطة، ومن لا يعرف أبوها، قد جاء في الحديث: «تخيروا لنطفكم»[١] رواه ابن ماجة وغيره، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وقال ابن الصلاح: له أسانيد فيها مقال، وقال أبو حاتم: لا أصل له مطلقًا.

وحديث: «إياكم وخضراء الدِّمَن»[٢] المشهور تفرد به الواقدي، وهو ضعيف.

قال: (لَيْسَتْ قَرَابَةً قَرِيبَةً) مراده ما صرح به جماعة، وهو أن القرابة البعيدة أولى من الأجنبية، ولفظه ليس بنص في ذلك، ولو أراد الأجنبية مطلقًا؛ لقال: ليست قرابة وسكت، ونقل جماعة من العراقيين في كتاب الصداق عن الشَّافِعِي أنه قال: إذا تزوج الرجل في عشيرته كان الولد بينهما أحمق، فقد تزوج قوم من عشائرهم فكان أولادهم حمقى، قال أصحابنا: فإن كان الأمر كما حكاه الشَّافِعِي فالأولى أن يعدل عن نساء العشيرة.

وفي «الذخائر» وغيره أن الأجنبية أولى، وأطلق في «الوسيط» الندب إلى الأجنبية، وعبارة «البيان»: والأولى من غير عشيرته، وبه أجاب الْبَغَوِي في «تعليقه» و«تهذيبه»، ويؤيده ما رواه الشيخ أبو الحسن الآبري في «مناقب الشَّافِعِي» قال: أخبرني مكحول بن محمد فيما كتب به إلي أنه سمع الْمُزَنِيّ يقول: سمعت الشَّافِعِي يقول: ليس من قوم لا يخرجون نساءهم إلى رجال غيرهم، ورجالهم إلى نساء غيرهم إلا جاء أولادهم حمق، قال: والصواب: حمقى بالياء، انتهى.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٣٣، رقم ١٩٦٨)، والحاكم (٢/ ١٧٦، رقم ٢٦٨٧)، والبيهقي (٧/ ١٣٣، رقم ١٣٥٣٦).

(٢) أخرجه الرامهرمزي في الأمثال (١/ ١٢٠، رقم ٨٤)، والديلمي (١/ ٣٨٢، رقم ١٥٣٧) والقضاعي (٢/ ٩٦، رقم ٩٥٧)، والخطيب فى تلخيص المتشابه (٢/ ٥٠٩، رقم ٣٠٩). وأورده القاري في الموضوعات الكبرى (ص ٨٢، رقم ٣٠٦).

....

وقول صاحب «الكافي» وغيره: ويختار من الأجانب؛ لقوله ﷺ: «أُغْرُبُوا لَا تَضْوُوا»[١] أي: يكون الولد ضاويًا نحيفًا، فهو حديث غريب ضعيف، نعم علل الزَّنْجَانِيُّ بأن مِنْ مَقَاصِدِ النِّكَاحِ اشْتِبَاكُ الْقَبَائِلِ؛ لِأَجْلِ التَّعَاضُدِ، والتناصر، وَاجْتِمَاعِ الْكَلِمَةِ وَهُوَ مَفْقُودٌ فِي نِكَاحِ الْقَرِيبَةِ، وهذا حسن.

إشارة: بقي صفات محبوبة ومطلوبة:

منها: كونها ودودًا ولودًا إلا أن تكون المصلحة في غير الولود.

ومنها: ألا يكون لها ولد من غيره، وقيده المصنف حيث لا مصلحة في نكاحها وهو حسن.

ومنها: كونها بالغًا إلا لمصلحة أيضًا.

ومنها: أن يستحسنها كما قاله الْمُتَوَلِّي والعمراني وغيرهما، وهو أحسن من قول بعضهم جميلة، وتقدم ذكر الجمال عن الصحيحين.

ومنها: كونها حسنة الخلق، ذكره في «الإحياء».

وفيه حديث رواه أحمد، وصححه الحاكم، وفيه «وخُذ بذات الدين والخلق»[٢].

وفي لفظ: «وتنكح على خلقها».

وعنه ﷺ: «خير النساء من تسر إذا نظر، وتطيع إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها»[٣] قال الحاكم: صحيح على شرطهما [كذا نقله بعضهم والذي رأيته في «المستخرج» لشيخنا الذهبي قال: على شرط مسلم.

---

(١) ذكره في التلخيص الحبير (٤/ ٢٥٦).

(٢) أخرجه ابن حبان (١٢٣١) والحاكم (٢/ ١٦١) وابن أبي شيبة في " المصنف " (٧/ ٤٩/ ٢) وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وإنما هو حسن فقط.

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٢٥١، رقم ٧٤١٥)، والنسائي (٦/ ٦٨، رقم ٣٢٣١)، والحاكم (٢/ ١٧٥، رقم ٢٦٨٢) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (٧/ ٨٢، رقم ١٣٢٥٥)، والحكيم (٢/ ١٥٠).

....

ومنها: كونها عاقلة، ذكره جماعة؛ لأن معها تدوم الصحبة(١) ويطيب العيش، والمراد العقل عرفًا لا مجرد كونها مكلفة، والغنيَّة أولى، وكذلك الصناعة: وهي المتقنة عرفًا نظرًا للولد وتدبير المنزل، كما أشار إليه جابر في قضيته في الصحيح.

ومنها: كونها خفيفة المهر، ذكره في «الإحياء» وهو مأخوذٌ من كلام الشَّافِعِي في كتاب الصداق؛ لحديث عائشة - رضي الله عنها - برفعها: «أعظم النساء بركة أيسرهن صداقًا»(٢) قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

وللبيهقي: «أيسرهن مؤنة»(٣) وفي لفظ له: «يُمن المرأة إن تيسر صداقها»(٤) قال عروة: وأنا أقول من عندي أول شؤمها أن يكثر صداقها، وفي صحيح ابن حبان عن ابن عباس - رضي الله عنهما - برفعه: «خيرهن أيسرهن صداقًا»(٥).

ومنها: يتأكد - ولم أره نصًا - ألا ينكح من لها مطلق راغب حنث وندم يريدها، وهي تأباه، أو تريده ويأبى أهلها؛ لما يخشى من تولد الشر منه، وحَسُن أن تُعَد من الصفات المحبوبة، ألا يكون في حلِّها له خلاف بين

---

(١) في نسخة: (تدوم النصيحة).

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ١٤٥، رقم ٢٥١٦٢). قال الهيثمي (٤/ ٢٥٥): رواه أحمد، والبزار وفيه ابن سخبرة يقال: اسمه عيسى بن ميمون، وهو متروك. وأخرجه الحاكم (٢/ ١٩٤، رقم ٢٧٣٢) وقال: صحيح على شرط مسلم. وابن أبي شيبة (٣/ ٤٩٣، رقم ١٦٣٨٤)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٤٠٢، رقم ٩٢٧٤)، والبيهقي (٧/ ٢٣٥، رقم ١٤١٣٤)، والقضاعي (١/ ١٠٥، رقم ١٢٣). قال المناوي (٢/ ٦): قال الزين العراقي: إسناده جيد.

(٣) تقدم في سابقه.

(٤) أخرجه الحاكم (٢/ ١٩٧، رقم ٢٧٣٩)، والبيهقي (٧/ ٢٣٥، رقم ١٤١٣٥). وأحمد (٦/ ٧٧، رقم ٢٤٥٢٢).

(٥) أخرجه الطبرانى (١١/ ٧٨، رقم ١١١٠٠) قال الهيثمي (٤/ ٢٨١): رواه الطبراني بإسنادين في أحدهما جابر الجعفي وهو ضعيف وقد وثقه شعبة والثوري وفي الآخر رجاء بن الحارث ضعفه ابن معين وغيره وبقية رجالهما ثقات. والعقيلي (٢/ ٦١، ترجمة ٤٩٩ رجاء بن حارث أبو سلام)، وابن حبان (٩/ ٣٤٢، رقم ٤٠٣٤).

....

العلماء، كمن زنا بها أصله أو فرعه، أو باشرها بشهوة بشبهة، ويتأكد ألا تكون ممن خلفت منه بزنا، أو شك في ذلك، أو في تحريمها عليه برضاع أو صهرية أو قرابة، ونحو ذلك والله أعلم.

فائدة: روي في حديث: «النهي عن اللهيزة، والسهيرة، واللفوتاء».

واللهيزة: الطويلة النحيفة، والسهيرة: الروقاء، واللفوتاء: المتلفتة إلى ولدها من زوج آخر، وصرَّح صاحب «الخصال»[1] من متأخري المراوزة بأنه يستحب ألا تكون واحدة منهن، وزادوا ألا تكون شقراء، وهو غريب.

وروى الحافظ أبو الحسن الآبري في «المناقب» بإسناده عن الربيع، قال: أمرني الشَّافِعِي أن أشتري له غلامًا، فاشتريت له غلامًا أشقر، وجئته به، فقال: لا، يا ربيع اذهب فاردده؛ ما لقيت من أشقر خيرًا، وقصته مع الأشقر الذي أضافه في عوده من اليمن مشهورة.

فروع: يستحب ألا يزيد على واحدة، قال الْمَاوَرْدِيُّ: إلا ألا تعفه، فالأولى الزيادة.

قلت: ولو أعفته؛ لكنها عقيم فيستحب له نكاح ولود، للحديث.

قال أصحابنا: ويستحب أن يكون التزويج والدخول في شوال خلافًا للعوام، قال ابن الصلاح: ويستحب كون العقد في مسجد لحديث: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد»[2] قال الترمذي: غريب، وذكر الشيخ في تعليق له أنه يستحب عقده في أول النهار للحديث الصحيح: «اللهم بارك لأمتي في بكورها»[3].

---

(١) في نسخة: صاحب (الترغيب).

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٨، رقم ١٠٨٩) وقال: غريب حسن. والديلمي (١/ ١٠١، رقم ٣٣٥)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦٢٧ رقم ١٠٣٤) وقال: ضعيف جدًا. وقال الحافظ في الفتح (٩/ ٢٢٦): سنده ضعيف.

(٣) حديث صخر الغامدي: أخرجه الطبراني (٨/ ٢٤ رقم ٧٢٧٧) وأحمد (٣/ ٤٣١ رقم ١٥٥٩٥)، والدارمي (٢/ ٢٨٣، رقم ٢٤٣٥)، وأبو داود (٣/ ٣٥، رقم ٢٦٠٦)، والترمذي =

وَإِذَا قَصَدَ نِكَاحَهَا سُنَّ نَظَرُهُ إِلَيْهَا قَبْلَ الْخِطْبَةِ وَإِنْ لَمْ تَأْذَنْ، ....

وقال الحنابلة: يستحب عقده يوم الجمعة بعد العصر تفاؤلًا؛ لأنه حينئذ خلق آدم أو تمَّ خلقة [عيسى عَلَيْهِ السَّلَامُ].

قال: (**وَإِذَا قَصَدَ نِكَاحَهَا سُنَّ نَظَرُهُ إِلَيْهَا قَبْلَ الْخِطْبَةِ وَإِنْ لَمْ تَأْذَنْ**) اشتمل كلامه على مشروعية النظر وبيان وقته وصفته ومحله، أما استحبابه، فللأحاديث منها في سنن أبي داود (٢٠٧٥)، وصحيح ابن حبان (٤٠٤٢) عن محمد بن مسلمة أنه ﷺ قال: «إذا ألقى الله في قلب رجل خطبة امرأة فلا بأس من أن ينظر إليها»[(١)].

قال ابن الْقَطَّان في كتاب «أحكام النظر»: لا يصح، وقال عَلَيْهِ السَّلَامُ للمغيرة

=

(٣/ ٥١٧، رقم ١٢١٢) وقال: حسن. وابن حبان (١١/ ٦٢، رقم ٤٧٥٤). والطيالسي (ص ١٧٥، رقم ١٢٤٦)، والبيهقي (٩/ ١٥١، رقم ١٨٢٣٧).

حديث عبد الله بن سلام: أخرجه أبو يعلى (١٣/ ٤٨٨، رقم ٧٥٠٠)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/ ٦١) قال الهيثمي: فيه هشام بن زياد، وهو ضعيف جدًّا. وابن عساكر (٢٩/ ٩٨).

حديث ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٢، رقم ٢٢٣٨) والطبراني في الكبير (١٢/ ٣٧٥، رقم ١٣٣٩٠) وفي الأوسط (٣/ ٣٣٠، رقم ٣٣١٢)، والقضاعي (٢/ ٣٤٢، رقم ١٤٩٠). قال الهيثمي (٤/ ٦٢): رواه الطبراني في الكبير، وفيه محمد بن عبد الرحمن الجدعاني، وثقه أحمد وأبو زرعة، وقال النسائي وغيره: متروك.

حديث ابن عباس: أخرجه الطبرانى (١٢/ ٢٢٩، رقم ١٢٩٦٦) قال الهيثمي (٨/ ١٩٤): فيه عمرو بن مساور وهو ضعيف. والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ١٤٩، رقم ٧٧٥٠ مكرر)، والقضاعي (٢/ ٣٤١، رقم ١٤٨٩).

حديث أنس: أخرجه ابن عساكر (٥٥/ ٦٣). والخطيب (١٠/ ١٠٢)، وأبو يعلى فى المعجم (١/ ٢٢٤، رقم ٢٧٢).

(١) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ١٣٠، رقم ٥١٩) موقوفا، وأحمد (٤/ ٢٢٥، رقم ١٨٠٠٥)، وابن ماجه (١/ ٥٩٩، رقم ١٨٦٤)، قال البوصيري (٢/ ٩٩): فيه حجاج وهو ابن أرطاة الكوفي ضعيف ومدلس وقد رواه بالعنعنة. والحاكم (٣/ ٤٩٢، رقم ٥٨٣٩) وقال: غريب، وإبراهيم بن صرمة ليس من شرط هذا الكتاب. ووافقه الذهبي. والطبراني (١٩/ ٢٢٤، رقم ٥٠١)، والبيهقي (٧/ ٨٥، رقم ١٣٢٦٩) وقال: هذا الحديث إسناده مختلف فيه ومداره على الحجاج بن أرطاة، وأبو نعيم في المعرفة (١/ ١٩٥، رقم ٦١٤٦١٥). والطيالسي (ص ١٦٤، رقم ١١٨٦)، وابن أبي شيبة (٤/ ٢١، رقم ١٧٣٩٠)، وابن حبان (٩/ ٣٤٩، رقم ٤٠٤٢).

وَلَهُ تَكْرِيرُ نَظَرِهِ ....

وقد خطب امرأةً: «انظر إليها؛ فإنه أحرى أن يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا»[١] حسنه الترمذي، وصححه الحاكم، ورواه النسائي.

قال ابن الْقَطَّان: وهو صحيح، وقوله: «وقد خطب» أي: أراد أن يخطب، وقيل: هذا النظر مباح لا مسنون لوروده بعد الحظر، وأما وقته؛ فالمشهور بعد العزم على نكاحها وقبل الخطبة؛ إذ الإعراض عنها بعده يورث وحشة، وقيل: لا ينظر إلا بعد الإذن في النكاح، وقيل: بعد ركون كل واحدٍ منهما إلى صاحبه وذلك حين تحرم الخطبة على الخطبة، وأما صفته، فسواء أذنت أم لا، وقوله: «وإن لم تأذن» قد يوهم بأنه بإذنها أولى، والذي قاله الأصحاب: إنهما سيان، وعندي الأولى كونه بلا إذن؛ لأمور:

منها: أنه ظاهر الأحاديث، وفي رواية: «من حيث لا تعلم»[٢] وفي إسنادها مقال، وقال البزار: لا تصح.

ومنها: أنه قَدْ يَمْتَنِعُ فَتَحْصُلُ النَّفْرَةُ وَيَفُوتُ الْغَرَضُ، أَوْ تَخْجَلُ عِنْدَ نَظَرِهِ فَتَتَغَيَّرُ الْبَشَرَةُ عَنْ صِفَتِهَا الْخُلُقِيَّةِ؛ فلا يحصل مقصود النظر، أو تكون راغبة فتتزين وتدلس؛ ولأنه قد يعرض عنها فيكون بمثابة تقديم الخطبة، ويحتمل أن يقال: إنه بالإذن أولى؛ لأن مالكًا يحرمه بغير إذنها، وأما محله؛ فالوجه والكفان، كما سيأتي شرحه.

قال: (**وَلَهُ تَكْرِيرُ نَظَرِهِ**) [أي: ليتبين هيئتها؛ إذ لا يحصل الغرض غالبًا

---

(١) حديث أنس: أخرجه ابن ماجه (١/ ٥٩٩، رقم ١٨٦٥)، قال البوصيري (٢/ ١٠٠): إسناد صحيح رجاله ثقات. وعبد بن حميد (ص ٣٧٥، رقم ١٢٥٤)، وأبو يعلى (٦/ ١٥٨، رقم ٣٤٣٨)، وابن الجارود (ص ١٧٠، رقم ٦٧٦)، والدارقطني (٣/ ٢٥٣)، وابن حبان (٩/ ٣٥١، رقم ٤٠٤٣)، والحاكم (٢/ ١٧٩، رقم ٢٦٩٧) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٧/ ٨٤، رقم ١٣٢٦٦)، والضياء (٥/ ١٦٩، رقم ١٧٨٩).
حديث المغيرة بن شعبة: أخرجه أحمد (٤/ ٢٤٤، رقم ١٨١٦٢)، وابن ماجه (١/ ٦٠٠، رقم ١٨٦٦)، والدارقطني (٣/ ٢٥٢)، والطبراني (٢٠/ ٤٣٣، رقم ١٠٥٢)، والبيهقي (٧/ ٨٤، رقم ١٣٢٦٧). والترمذي (٣/ ٣٩٧، رقم ١٠٨٧) وقال: حسن. والنسائي (٦/ ٦٩، رقم ٣٢٣٥).

(٢) أخرجه البزار (٣٧١٤).

وَلَا يَنْظُرُ غَيْرَ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ، ....

بأول نظرة، قال الإمام وغيره: ويباح له هذا النظر وإن خاف الفتنة] لغرض التزويج، وقال والده في «مختصره» والْغَزَالِيُّ في «خلاصته» وغيرهما: أنه لا يتأمل خائفًا فتنةً، قال في «المعتبر»: فإن التأمل ورد به الخبر؛ ولكن حيث يؤمن الافتتان.

قلت: وهذا إذا تردد في الإجابة ولم يغلب على ظنه إسعافه؛ بل يحتمل ألا يجوز النظر جملةً إلا إذا ظن الإجابة، أو تردد على السواء، وفيه وقفة، أما لو غلب على ظنه الرد، فلا، ولم أرَ فيه نقلًا، ورأيته في كتاب «الدرة»، ويقال: له «التلقين» لأبي الحسن بن سراقة العامري ما لفظه: وإذا أراد أن يتزوج فله أن ينظر إلى وجه المرأة وكفيها دون سائر بدنها بإذنها وبغير إذنها بشهوة أو بغيرها، انتهى. وفي نظره بالشهوة نظر.

قال: (**وَلَا يَنْظُرُ غَيْرَ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ**) لأن غيرهما عورة، وهي أجنبية وزينتها تدل على باقي البدن.

وفي «الشامل» في حديث المغيرة: «**انظر إلى وجهها وكفيها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما**»[١] ثم المنظور إليه من الكف ظاهرهما وباطنهما، صرَّح به «المحرر» وغيره، وقيل: إنما ينظر ظاهرها فقط، وقيل: ينظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة، وهما شاذان، وقيل: ينظر مع الكفين إلى مفصل الكف، وهو غريب أيضًا، نعم، لو قيل: ينظر إلى ما يبدو في المهنة من صفحة العنق وبعض الساقين والذراعين لكان حسنًا، ومن تأمل الأحاديث في المسألة بان له منها ما يؤيده، وأيضًا فإنا قررنا أنه ينظر إليها بغير إذنها، والغالب أنها تستر جميع بدنها إلا الوجه والكفين فقط، فقد يؤدي حظر ما عدا ذلك إلى سد باب النظر إليها بغير إذنها إلى سده مطلقًا، قال في «المطلب»: قال ابن داود - يعني: الصيدلاني -: ومحل جواز النظر ما ذكرناه إذا كانت ساترة ما عداه، فلو كانت حاسرة الرأس فلا ينظر، كما قاله الشَّافِعِي، انتهى.

---

(١) تقدم تخريجه.

....

أقول: وهذا في الحرة.

تنبيهات: أحدها: أفهم كلام «الوجيز» أنه ينظر وجهها فقط، ولم يقمه الرَّافِعِي وجهًا؛ بل أوَّله، وعبارة «الوسيط»: وينبغي أن يقتصر على النظر إلى الوجه [وعبارة «الوجيز»: فلا ينظر إلا إلى وجهها.

وفي «الخلاصة» ونحوها، وجرى في «البسيط» على المشهور] وعلى النظر إلى الوجه اقتصر الجرجاني في «الشافي» و«التحرير» والفوراني في «العمد» وذلك مشعر بالاقتصار عليها.

ثانيها: قال ابن الرِّفْعَة: تعليلهم جواز النظر إلى الوجه والكفين كونهما ليس بعورة يفهم أنها لو كانت أمة جاز أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها.

قلت: هذا ظاهر على ما رجحه الرَّافِعِي وغيره، فأما من جعلها كالحرة في النظر كالمصنف فلا يفرق بينهما، ومن قال: ينظر الغير منها ما يبدو في المهنة نجوزه لغرض التزويج بلا شك، نعم قيل: إن رأسها ليس بعورة إجماعًا، فيظهر أن يجوز له النظر إليها مكشوفة الرأس بخلاف الحرة.

ثم رأيت الرُّويَانِيّ قال في «البحر» هنا: وإن كان النظر للأمة للشراء أو التزوج فله النظر إلى الرأس والذراعين والساقين، وليس له النظر إلى العورة وفيما بينهما وجهان: ثانيهما: ينظر؛ لأن كل من جاز له النظر إلى رأسها كذلك إلى صدرها وظهرها كذوات المحارم، ثم حكى طريقة الشيخ أبي حامد أن النظر إلى الأمة كالنظر إلى الحرة كما سيأتي بيانه.

ثالثها: قال الصيمري: إذا نظر فلم تعجبه استحب له أن يسكت ولا يقول لا أريدها، وظن ابن الرِّفْعَة أنه قاله في «الروضة»: من عند نفسه واعترض بأنه إذا كان بعد الخطبة والركون منع غيره من الخطبة، وأجيب بأنه إذا طال السكوت أشعر بالإعراض، وجازت الخطبة، وفيه نظر؛ لأن بالتطاول المذكور يحصل الإضرار.

فرع: قال الصيمري: يبعث الرجل المرأة الثقة لتنظر إليها، وجرت العادة

....

في وقتنا به وهو خلاف السُّنة، قال في «البيان»: إن صح ما روي أنه ﷺ بعث امرأة؛ بطل قول الصيمري.

قلت: فيه نظر، يجوز أن البعث إن ثبت كان لعدم التمكن من النظر، أو النظر المتجرد، أو لمعنى آخر، ويكون كلام الصيمري في المتمكن من النظر بنفسه ولكنه بعث امرأةً تنوب عنه، قال القاضي الحسين: إذا لم يمكنه النظر بنفسه بعث امرأةً، هكذا رواه ابن الرِّفْعَة عنه، والذي رأيته في «تعليقه»: ولو أنه لم يرد النظر إليها؛ ولكنه بعث امرأة لتنظر إليها ثم تصفها له، يجوز واحتج بحديث: «بعثه ﷺ أم سليم» كما سيأتي، وفي قول الإمام في «النهاية»: أنه بعث أم عطية غريب، وأطلق الْبَغَوِي بعث المرأة من غير تقييد، وكذلك الْبَغَوِي في «تعليقه»، وفي «النهاية»: لو أذن لعجوز أن تنظر إلى متجردة، فلا بأس، وهذا قد يكون مع نظره إلى الوجه والكفين، ولعله في الحديث كان لهذا الغرض، ثم رأيت الحاكم ذكر في «المستدرك» من حديث أنس: «أنه ﷺ أراد أن يتزوج امرأةً فبعث امرأةً؛ لتنظر إليها، فقال لها: شُمِّي عَوَارِضَهَا وَانْظُرِي إِلَى عُرْقُوبهَا، قَالَ: فَجَاءَتْ إِلَيْهِمْ فَقَالُوا: أَلَا نُغَدِّيكِ يَا أُمَّ فُلَانٍ؟ فَقَالَتْ: لَا آكُلُ إِلَّا مِنْ طَعَام جَاءَتْ بِهِ فُلَانَةُ، قَالَ: فَصَعِدَتْ فِي رَفٍّ لَهُمْ فَنَظَرَتْ إِلَى عُرْقُوبهَا، ثُمَّ قَالَتْ: أفليني يَا بُنَيَّةُ، قَالَ: فَجَعَلَتْ تفليها وَهِيَ تَشُمُّ عَارِضَهَا، قَالَ: فَجَاءَتْ فَأَخْبَرَتْ»[1] وقال: على شرط مسلم، وأقره على ذلك شيخنا الحافظ الذهبي في «مستخرجه»، والله أعلم، وفيه فوائد.

وذكر ابن أبي شيبة عن إسحاق بن منصور حدثنا عمارة الصيدلاني عن ثابت عن أنس رضي الله عنه: «**أن النبي ﷺ أرسل أم سليم تنظر إلى امرأة...**»[2] الحديث قال ابن الْقَطَّان في كتاب «أحكام النظر»: والمحدثون يقولون في مثل هذا أنه حسن.

---

(١) أخرجه الحاكم (٢٦٤٨).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ١١٤) وعبد بن حميد (١٣٨٨).

وَيَحْرُمُ نَظَرُ فَحْلٍ بَالِغٍ إِلَى عَوْرَةِ حُرَّةٍ كَبِيرَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ. ....

قال: (**وَيَحْرُمُ نَظَرُ فَحْلٍ بَالِغٍ إِلَى عَوْرَةِ حُرَّةٍ كَبِيرَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ**) النصوص ناطقة بتحريم ذلك؛ لغير حاجة وضرورة كتخليصها من غرق أو حرق، ولا أعلم فيه خلافًا، إذا عرفت هذا فتنبه لأمور:

أحدها: قوله: «فحل» يفهم أن غيره ليس كذلك وغيره ثلاثة ممسوح وسنذكره، ومجبوب: وهو من قطع ذكره، وبقي أنثياه، وخصي: وهو مَنْ بَقِيَ ذَكَرُهُ دُونَ أُنْثَيَيْهِ.

قال الرَّافِعِي وغيره: وحكمهما حكم الفحل، وكذا العنين، والمخنث المتشبه بالنساء، والشيخ الهرم، كذا أطلق أكثرهم.

وفي «الشامل» أنه إذا كبر الخصي وهرم وذهبت شهوته يجوز له ذلك أي: ما سيأتي بيانه، وقال الْمُتَوَلِّي: إن المجبوب والممسوح إن بقيت فيهما شهوة النساء فكالفحول، وإلا فكالشيوخ المقيدين والمختلين الذين لا تتكامل القوة في أعضائهم ولا تكاملت عقولهم، فهم في النظر كالمحارم، وأطلق الفوراني في «العَمد» أن الخصيان والأطفال دون التمييز كالمحارم بالإجماع وأراد الخصيان الممسوحين، ويتعين حمله على من ذهبت شهوته منهم.

الثاني: قوله: «بالغ» احترز به عن الصبي، وهو مراهق وغيره، أما المراهق فذكره من بعد، وأما غيره فمفهوم كلامه أنه لا يحرم البروز له، وهو كذلك إن لم يبلغ أن يحكي ما يراه، قال الإمام: بحضوره وعدمه سيان عند الأصحاب، وأما إذا بلغ مبلغ الحكاية دون التشوف، قال الإمام: فالذي ذهب إليه نقلة المذهب أن الأطفال منزلون منزلة المحارم، انتهى.

فافهم كلام الرَّافِعِي أن التفصيل في الصبي من صنع الإمام، وأنه أبدله من عند نفسه، ولفظه ما ذكرناه.

الثالث: قوله: «حُرَّةٍ» أخرج به الأمة، وسيأتي كلامه فيها، وأفهم أن المبعضة ليست كالحرة، وهي كالحرة قطعًا، وقيل: على الأصح، وقوله: «كبيرة» احتراز عن الطفلة، وقد ذكرها من بعد، ومراده بالكبيرة من وصلت إلى

وَكَذَا وَجْهُهَا وَكَفَّيْهَا عِنْدَ خَوْفِ فِتْنَةٍ، وَكَذَا عَنْدَ الأَمْنِ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

حد تُشتهى فيه وإن لم تبلغ ومن فوقها، وإطلاقه يشمل العجوز التي لا تشتهى، وألحقها الْغَزَالِيُّ بالشابة، ورجحه الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»، وقال الرُّويَانِيّ: إذا بلغت مبلغًا يؤمن معه الافتتان بالنظر إليها جاز النظر إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى: ﴿وَٱلْقَوَاعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النور: ٦٠] انتهى.

والقياس جوازه إلى من وراء ذلك من الساعدين، وصفحة العنق، والقدمين، والإجماع الفعلي عليه من غير نكير.

الرابع: [قوله: (ويحرم نظر فحل بالغ) كان ينبغي أن يزيد: عاقل ليخرج المجنون فإن نظره لا يوصف بتحريم كالبهيمة، وأن يزيد: مختارًا ليخرج المكره، ثم عبارته توهم أن الخنثى المشكل ليس كذلك، والصحيح أن حكمه في النظر حكم الفحل].

قال: (**وَكَذَا وَجْهُهَا وَكَفَّيْهَا عِنْدَ خَوْفِ فِتْنَةٍ**)، وهذا إجماع فيما أعلم، وجهل من أشار إلى خلافٍ في شيء منه، وقول القاضي الحسين: بأن كانت حسناء ذات جمال، يعني به: أن هذه مظنة الفتنة غالبًا، وإلا فمتى خاف الفتنة من النظر إلى قبيحة شَوْهَا أو غيرها حرم النظر بلا شك.

قال: (**وَكَذَا عَنْدَ الأَمْنِ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ للاتفاق على منعهن من الخروج سافراتِ الوجه؛ بخلاف المرد؛ لأنه يجر فساد، أو كيف السبيل إلى الأمن؟! هذا ما يحكى عن الإصطخري، وأبي علي الطبري، وبه جزم المحاملي في «مجموعه» و«تحريره» والدارمي، [والفوراني في «عُمده»].

وقال الإمام: إن إليه ميل العراقيين، واختاره هو ووالده الْغَزَالِيّ، والْبَغَوِي كما سيأتي بيانه، وهو ظاهر النص كما سيأتي، والثاني: لا يحرم، وينسبه الإمام إلى الجمهور، والرَّافِعِي إلى الأكثرين، وقال: لا سيما المتقدمون؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] وفُسر بالوجه واليدين.

إشارات: منها: قصره الكلام على خوف الفتنة، والأمن منها قد يفهم أن

....

النظر بشهوة مع أمن الفتنة ليس كذلك، وليس [المراد][١] بل هو بالشهوة حرام قطعًا، وإن لم يخف منه فتنةً، والمراد من الشهوة قصد التلذذ بالنظر المجرد.

ومنها: أول كلام «التهذيب» يفهم الجواز؛ لكنه في كلامه على النظر إلى فرج الزاني، ولا يجوز أن يعمد النظر إلى وجه الأجنبية لغير غرض، وقيل: يجوز مرة واحدة، ولا يجوز أن يكرر نظره إليها، انتهى.

وقيد الفوراني في «الإبانة» الجواز بما إذا كان من غير تأمل، وهو يجوز كلام «التهذيب» وقول الإمام في أثناء كلامه على النظر؛ للصلاح؛ إذا قلنا: بالجواز، يعني: لا لحاجة صار المعظم إلى الجواز والتدبر؛ إذا لم يخف فتنة غريب، والذي اقتضاه كلام الْقَفَّال في «الفتاوى» المنع، وهو الأصح في الكافي، وهو الصواب إذا كانت محل فتنة، وصح في الحديث المرفوع: «لا يتبع النظرة النظرة»[٢]. ونقل القاضي عياض عن العلماء مطلقًا، أن على الرجال غض البصر [عن النساء] للآية.

ومنها: المختار الأقوى نظر استثناء العجوز المسنة كما سبق عن الرُّويَانِيّ، وهذا إذا كانت ممن تتقي النفس منها غالبًا.

ومنها: إذا جوزنا النظر كره، صرح به جماعة، وقيل: تركه أولى، وإذا حرمناه؛ لغير حاجة، فهل يحرم النظر إلى المنتقبة التي لا يبين إلا عينيها ومحاجرها؟ لم أر فيه نصًا، والظاهر أنه لا فرق، ولا سيما إذا كانت جميلة، فكم في المحاجر من خناجر.

ومنها: الحاصل في النظر على وجه الأجنبية وكفيها بلا شهوة.

---

(١) في نسخة: (بمراد).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٣٥٧، رقم ٢٣٠٧١)، وأبو داود (٢/ ٢٤٦، رقم ٢١٤٩)، والترمذي (٥/ ١٠١، رقم ٢٧٧٧) وقال: حسن غريب. والروياني (١/ ٦٩، رقم ٢٢)، والحاكم (٢/ ٢١٢، رقم ٢٧٨٨) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (٧/ ٩٠، رقم ١٣٢٩٣). وابن أبي شيبة (٤/ ٦، رقم ١٧٢١٨)، والطحاوي (٣/ ١٥).

....

قلت: طرق الجواز قطعًا، والتحريم قطعًا وجهان.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وأما أخمص القدمين، فعلى الخلاف المذكور في ستر العورة في الصلاة.

قلت: حكاه الإمام عن بعضهم، وقال: إن الصحيح التحريم، وإن جوزنا لها كشفه في الصلاة، وهذا منه بناءً على اختياره التحريم إلى الوجه والكفين، ويحتمل غيره، ولنا وجه: أنه يباح النظر إلى الراحة دون ظهر الكف.

ومنها: قال في «الروضة»: ما حرم نظره متصلًا كالذكر، وساعد الحرة، وشعر رأسها، وشعر عانة الرجل، ونحوها حرم النظر إليه منفصلًا على الأصح، زاد على الأصح يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها، انتهى.

[قلت]: وهذه مبالغة، والأقرب أنه لا يحرم النظر على الشعر المبان، ولا إلى القلامة مطلقًا، وأيضًا فالتفصيل بين القلامتين، إنما هو على طريقة المجوزين النظر إلى الكفين، وأما مَنْ حرَّمه كالمصنف، فقياسه عدم الفرق، وعجبٌ قول القاضي الحسين: ذم القصد، والحجامة منها عورة، وليت شعري ما تقول في فضلات يديها.

وقال في «الانتصار»: كل جزء حُرِّم النظر إليه حالة الحياة حُرِّم النظر إليه بعد الموت كالمتصل، وحكم الشعر إذا تميز حكم أصله الذي انفصل عنه؛ فإن أشبهه فالأقيس أنه لا يحرم النظر إليه.

وذكر في «البحر» الفرق بين القلامتين عن الخضري، ثم قال: وقياس هذا أن يجوز النظر إلى شعر الأمة دون الحرة اعتبارًا بحالة الاتصال، وفيه بُعد، وفي الكل وجهان، الأقرب: ألا يحرم بعد الانفصال؛ لأن أئمة الورع لا يحترزون عن النظر إلى الشعر الملقى في الطريق مع جواز أن يكون من المرأة، انتهى.

ومنها: صوتها ليس بعورة على المرجح من الوجهين؛ ولكن يحرم الإصغاء إليه عند خوف الفتنة، وكذا يحرم الإصغاء إليه؛ للتلذذ به، وإن لم يخف فتنة، ووقع في تحريم رفعها صوتها اضطراب، فأحسن تنبيه في بعض المواضع.

وَلَا يَنْظُرُ مِنْ مَحْرَمِهِ بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ، وَيَحِلُّ مَا سِوَاهُ، وَقِيلَ مَا يَبْدُو فِي الْمِهْنَةِ فَقَطْ،

قال: **(وَلَا يَنْظُرُ مِنْ مَحْرَمِهِ بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ)**، وهذا [إجماعٌ] فيمن بلغت حدًّا تُشْتهى فيه، وهو المراد.

قال: **(وَيَحِلُّ مَا سِوَاهُ)** ووجه بأن المحرمية معنىً يوجب حرمة المناكحة فكانا، كالرجلين، والمرأتين، ولما فيه من المشقة، وسيأتي عن كلام المصنف ما يفهم نقل الإجماع فيه.

قال: **(وَقِيلَ: مَا يَبْدُو فِي الْمِهْنَةِ فَقَطْ)** واختاره الْقَفَّالُ؛ إذ لا ضرورة إلى ما ورائه، وعليه في الثدي حال الرضاع وجهان، وقيل: ينظر المحرم إلى [نصف الساعد] ونصف الساق، والظاهر: أنه ما في الكتاب لا غيره، وكأنه تفسير لما يبدو في المهنة؛ لكن الإمام قال: إن ما يبدو في المهنة ينتهي إلى المرفقين والركبتين، وبعضهم فسره بطرف الساقين، وكذا من غير تحديد.

وقيل: لا ينظر الصهر والرضيع خاصة إلا ما يبدو في المهنة، والصحيح مذهبًا ما تضمنه إطلاق المصنف من عدم الفرق.

[إشارة:][١] كلامه يقتضي جوازه إلى السرة والركبة [تفريعًا على المرجح] ويشبه أن يجري فيه خلافٌ محكي في ركبة الرجل وسرته، هل هما عورة في الصلاة؟ وفيه وجوه؛ فإن صحَّ التخريج اتجه ترجح التحريم أخذًا بجانب الحظر، وعبارة جماعة: يجوز للمحرم أن ينظر ما فوق السرة وتحت الركبة، ومنهم صاحب «المهذب» و«الْمُعْتَمَد» وابن أبي عصرون في «تنبيهه»، وقضيتها التحريم.

وسيأتي عن «الحاوي» ما يوافقه، والمختار عندي: أنه لا يجوز لكل المحارم النظر إلى ما يزيد على ما يبدو في المهنة من غير حاجة، كما جزم به بعض الأصحاب.

حاشية: لو كان المحرم ممن يرى نكاح ذوات المحارم؛ كبعض المبتدعة والمجوس؛ فيظهر أنه يحرم عليها أن تريه غير الوجه والكفين، وفي كشف الوجه له خوف الفتنة منه نظر، ولم أر في ذلك شيئًا.

---

(١) في نسخة: (فائدة).

وَالْأَصَحُّ حِلُّ النَّظَرِ بِلَا شَهْوَةٍ إِلَى الْأَمَةِ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ ....

قال: **(وَالْأَصَحُّ: حِلُّ النَّظَرِ بِلَا شَهْوَةٍ إِلَى الْأَمَةِ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ)** لأن ذلك عورتها في الصلاة فأشبهت الرجل، والثاني: يحرم إلا ما يبدو في المهنة فقط إذ لا حاجة إليه، الثالث: أنها كالحرة والأمر بالغض، وللمعنى الظاهر صرح به الشيخ أبو حامد في «تعليقه»، والقاضي أبو الطيب في «المجرد»، والمحاملي، والجرجاني، والعمراني، وهو المذهب في «الانتصار»، ومقتضى إطلاق كثيرين: والأرجح دليلًا، وعجب قول الرَّافِعِي وغيره: إنه لا يكاد يوجد هكذا لغير الْغَزَالِي، وأنكر بعضهم على الرَّافِعِي إنكاره على «الوسيط» وغيره، وقول الْمُتَوَلِّي: لا خلاف أن وجهها، ورأسها، ويديها، وأطراف ساعديها وقدميها، ليست بعورة، وليس كما قال، نعم رأيت من يحكي الإجماع على أن رأسها ليس بعورة، وقد يريد به بالنسبة إلى الصلاة لا النظر.

واعلم أن ما أشرت إليه من التخريج في السرة والركبة متعين هنا، وفي شروط الصلاة من «الحاوي»، وأما ما بين سرتها ورأسها [وسرتها] من صدرها، وظهرها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق وعامة أصحابنا: إنه ليس بعورة، ويجوز نظر الأجانب إليه عند التغليب.

والثاني: وبه قال ابن أبي هريرة: إنه عورة في الصلاة، ومع الأجانب، فليس لهم النظر إليه لحاجة، ولا لغيرها، انتهى.

فقوله: «عند التغليب» يفهم تقييد الوجه المرجح في «المحرر»، ويبعد التجويز المطلق؛ لغير حاجة كل البعد لا سيما إلى الجميلة، فاعلم.

تنبيه: قوله: «بلا شهوة» يشمل ما إذا لم يخش الافتتان، وما إذا خشيه، والوجه أنه متى خشي الفتنة حرم قطعًا، وفي «تعليق الْبَغَوِي» بعد ذكره الوجهين: وإنما يجوز انفتاح النظر إليها لغرض من شراء ونحوه، وأما لغير غرض فلا يجوز، وقيل: لا يجوز أن ينظر إلى أمة الغير بحال، انتهى.

حاشية: [وقد أحسن الفقيه الحافظ أبو الحسن بن القطان المالكي حيث

وَإِلَى صَغِيرَةٍ إِلَّا الْفَرْجِ.

قال بعد ذكره الخلاف: وفي الإماء من هي أحسن من كل حرة يراها فما لاطلاع الرجل على محاسنهن معنى إلا مخالفة المتقرر شرعًا من وجوب صيانة النفس بغض البصر عما غلب إليها هوى، ثم قال: فلو أبحنا للرجل النظر إلى صدر أو عنق من جارية كالبدن؛ فقد خالفنا مقطوعًا به وتعرضنا للفتن أكثر من تعرضنا لها بالنظر إلى ذلك من الحرة الشوهاء الهزيلة التي قد حرم النظر إلى ذلك منها، وهذا النوع من النظر يكاد يكون قطعيًّا، انتهى لفظه - رَحِمَهُ اللهُ -].

فرع: المبعضة كالحرة قطعًا تغليبًا للحظر، وقيل: على الأصح.

قال: **(وَإِلَى صَغِيرَةٍ)** أي: لا تشتهى.

(إِلَّا الْفَرْجِ) هذا معطوف على ما ذكره في الأَمَة، ونقل«الوسيط» وجهين، ورجح الرَّافِعِي الجواز، وقال: لا فرق بين العورة، وغيرها، وفي «الوسيط»: أنه يحرم النظر إلى وجهها على الوجه الآخر نظرًا إلى حُسن الأنوثة، قال ابن الصلاح: ويكاد أن يكون خرقًا للإجماع، والذي في «البسيط»، وغيره: أنها كالمحارم، ولا شك أنه لا يحرم نظر بنت سنة ونحوها، والذي تحرر في النظر إلى الصغيرة التي لا تُشتهى وجوه:

أحدها: الجواز إلى جميع بدنها.

ثانيها: إليه إلا الفرج.

وثالثها: يجوز إلى ما عدا ما بين السرة والركبة.

رابعها: إلى ما يبدو في المهنة فقط.

خامسها: ولم أره صريحًا إلى فوق السرة ودون الركبة، كما أشرنا إليه، وإن ثبت منقول «الوسيط» كان وجهًا.

سادسها: ولكن لا أصل له، وقول الدارمي: لا يجوز النظر إلى عجوز، ولا صغيرة، محمول على صغيرة قد تُشتهى، نعم يقرب إلحاق بنت خمس سنين ونحوها بالمشتهاة؛ لأنها قد تشتهى للتلذذ بها بالتقبيل وغيره، بخلاف بنت سنة ونحوها، أما تحريم نظر فرجها، فادَّعى الفوراني الاتفاق عليه، وتبعه

وَأَنَّ نَظَرَ الْعَبْدِ إِلَى سَيِّدَتِهِ وَنَظَرَ مَمْسُوحٍ كَالنَّظَرِ إِلَى مَحْرَمٍ، ....

في «العدة» و«التهذيب» وغيرهما، ورجحه الْمُتَوَلِّي، والظاهر أن الدُّبر كالقُبُل، وبه صرح الصيمري، وفي «البحر» قال الْقَفَّالُ: هل يجوز النظر إلى الصغيرة؟ وجهان، ولا خلاف أنه لا يجوز النظر إلى فرجها، والمشهور أن هذا يختلف بأن يكون محل شهوة أو لا، انتهى لفظه.

قال: **(وَأَنَّ نَظَرَ الْعَبْدِ إِلَى سَيِّدَتِهِ وَنَظَرَ مَمْسُوحٍ كَالنَّظَرِ إِلَى مَحْرَمٍ)** فيه مسألتان: الأولى: في نظر العبد إلى سيدته أوجه:

أحدها: أنه كالمحرم عزّاه الرَّافِعِي إلى الأكثرين، وزاد في «الروضة» أنه المنصوص، وظاهر الكتاب والسنة، وإن كان فيه نظر من حيث المعنى.

والثاني: أن ينظر منها ما يبدو في المهنة فقط اعتبارًا بالعرف، ورفعًا للمشقة، وهو قول ابن عباس، وقاله الْمَاوَرْدِيُّ في «تفسيره».

والثالث: أنه كالأجنبي، وحُكى عن أبي إسحاق المروزي، والإصطخري، قال الشيخ أبو حامد في «تعليقه» بعد إيراده عن النص ما يقتضي الجواز: إنه - يعني المنع - أصح عند أصحابنا، وكذا قال المحاملي: الأشبه بكلام الشافعي أنه محرم، والذي اختاره أصحابنا أنه بمنزلة الأجنبي، وكذا قال الْبَغَوِي في «تعليقه».

وعبارة «البحر»: أنه الأظهر عند أكثر أصحابنا، وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: الصحيح أنه بمنزلة الأجنبي سواء كان فحلًا أو خصيًّا أو مخنثًا، ومِنْ أصحابنا مَنْ قال: إنه بمنزلة المحرم، وهذا غلط؛ لأنه ليس بينهما نسب، ولا زوجية، فكيف صار محرمًا؟! هذا لفظه.

ورأيت بخط المصنف في مسودة «شرح المهذب» قال بعد إيراده كلام الشيخ أبي حامد: وهذا هو الصواب؛ بل لا ينبغي أن يجري فيه خلاف؛ بل يقطع بتحريمه، وكيف نفتح هذا الباب للنسوة الفاسقات مع حسان المماليك الذين الغالب من أحوالهم الفسق؛ بل العدالة فهم في غاية القلة، وكيف يستجيز الإنسان الإفتاء بأن هذا المملوك يبيت ويقيل مع سيدته مكررًا، ذلك

....

مع ما هما عليه من التقصير في الدين، وكل منصف يقطع بأن أصول الشريعة تستقبح هذا، وتحرمه أشد تحريم.

قال: ثم القول بأنه محرم ليس عليه دليل ظاهر، فإن الصواب في الآية أنها في الإماء، وأما الحديث يعني: قوله ﷺ لفاطمة: «إنما هو أبوك وغلامك»[1] فمحمولٌ على ما ذكره الشيخ أبو حامد أنه كان صغيرًا، وهو لفظه - رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ تعالى -.

وممن رجَّح هذا الوجه من المتأخرين صاحب «الانتصار» وغيره، وهو المختار؛ لكن لا أقول: إنه كالأجنبي مطلقًا لحديث: «إذا كان مع مكاتب إحداكن وفاء فلتحتجب منه»[2]. قال الترمذي: حسنٌ صحيح، ونقل الْمَاوَرْدِيُّ الاتفاق على أنه لا يلزم العبد الاستئذان إلا في الأوقات الثلاثة، وسببه كثرة الحاجة إلى الدخول والخروج والمخالطة، وإن كان النظر مستغنىً عنه، وأما من جعله كالمحرم مطلقًا فلا، ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» نقل الخلاف قولين بلا ترجيح، وكذا حكاه قولين صاحب «الكافي» الخوارزمي.

ورأيت في كتاب «أحكام النظر» للفقيه الحافظ المتقن أبي الحسن بن الْقَطَّان المالكي في كلامه على المسالة ما لفظه: وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز له ذلك، وأن المراد بقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [النور: ٣١] الأطفال من العبيد.

ورجح ابن الْقَطَّان هذا، ثم ضعفه، ثم قال: وقال آخرون: لا يجوز، وأن الآية إنما تعني: الإماء، وكان سعيد بن المسيب يقول: لا تغرنكم هذه الآية، إنما يعنى بها: الإماء، ولم يعن بها العبيد، يعني قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [النور: ٣١] قال: وهذا قول الشَّافِعِي، وعطاء، ومجاهد، وإلى نحوه ذهب ابن عبد الحكم، انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٦٢، رقم ٤١٠٦).

(٢) أخرجه الترمذي (٥/ ١٨٦) والطحاوي في المشكل (٢٥٩).

....

تنبيهات: أحدها: قيّد الواحدي في «بسيطه» الجواز بما إذا كانا عفيفين، وقيَّده [الكواكبي] والْبَغَوِي في «تفسيرهما» بما إذا كان العبد عفيفًا وجعلوه محل الخلاف، والثلاثة أئمة شافعيون فيجب تقييد الجواز في كتب الفقه به؛ فإنهم وكلوا في الوصف المقتضى، وهو الرق، ولا يمنع ذلك أن يكون له شرط.

ثانيها: إذا جعلناه كالمحرم فله الخلوة، والمسافرة بها صرح به جماعة.

ثالثها: في «الروضة» عن القاضي الحسين على «التحرير» فإن كاتبته فليس بمحرم، والذي في «تعليقه» إنما هو في المكاتبة أنها مع سيدها كالأجنبية، وعن أبي نصر القشيري أن المكاتب كالقن، وعن «المطلب» أنه يشبه أن يقال: إن قلنا: القن ليس بمحرم، وهو أولى، وإلا فوجهان، وأشار حديث النسائي وغيره عن أم سلمة أن ما معه ما يؤذي تحتجب منه، وهذا في المكتابة الصحيحة، أما غيره فكالقن لا محالة.

رابعها: في شروط الصلاة من «الحاوي» لا يختلف أصحابنا أن من بعضه حر كالأجنبي مع سيده، انتهى.

وفي معناه من بعضه لغيرها، وسواء عند الأب والزوج والأجنبي [بلا خلاف] وفي آخر كتاب السرقة من «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي، وحكم المبعض حكم العبد في [جميع المسائل] إلا في السرقة، والكفارة، والنظر، انتهى.

وقوله: «في السرقة» يعني: لا يقطع سارقه.

خامسها: نقل الْمَاوَرْدِيُّ الاتفاق على ما سبق بعد ذكره الأوجه الثلاثة أنه لا يلزمه الاستئذان في غير الأوقات الثلاثة المذكورة في القرآن، وقضية كلام من جعله كالأجنبي أنه لا فرق ولا يفسر عليه تأويل الآية الكريمة [المسألة].

سادسها: عبارة «البحر»: اختلف أصحابنا في نظر المرأة إلى مملوكها، والمملوك إلى سيدته فحلًا كان، أو خصيًّا، أو عنينًا على وجهي المسألة، ولفظ «الانتصار»: ولا يثبت لمملوك المرأة إذا كان فحلًا بالغًا حكم المحارم

وَأَنَّ الْمُرَاهِقَ كَالْبَالِغِ.

في أصح الوجهين، انتهى.

فيحرم في المسألة وجه ثالث مفصل، والله أعلم.

الثانية: جعل الممسوح مع الأجنبية كالمحرم، نسبه الرَّافِعِي إلى الأكثرين، قال: لانتفاء الشهوة في حقه، وقيد الْمُتَوَلِّي جعله كالمحرم بما إذا لم يبق فيه شهوة النساء والميل إليهن، انتهى. فإن كان فكالفحل وهذا حق.

والوجه الثاني: أنه كالأجنبي مطلقًا، وهذا أقوى نظرًا، ورجحه ابن الصلاح وحكى ترجيحه عن الشيخ أبي حامد، وجزم في «الكافي» أنه كالمراهق، وقضية ذلك تحريم البروز له وأولى، قال ابن الصلاح: لأنه رجل يشتهي النساء، وهو كما قال؛ لكن سبق نقل الفوراني الإجماع أنه كالمحرم، فإن ثبت فلا كلام.

إشارة: زعم زاعمٌ تبعًا لابن الرِّفْعَة أن الخلاف فيه إنما هو في جواز النظر كما فرضه المصنف.

قال: ولا خلاف في جواز دخوله عليهن بغير حجاب، كما صرح به القاضي الحسين، قال: واقتضى كلامه أنه يجوز النظر إلى وجهها قطعًا، وأن الخلاف فيه إنما هو فيما يبدو عند المهنة، انتهى.

ولم أرَ هذا في كلام القاضي هنا، وبقي الخلاف في دخوله على المرأة الفردة ممنوع، والوجه: تحريم خلوته بالأجنبية، ولا أحسب في تحريم شعرها خلافًا.

قال: **(وَأَنَّ الْمُرَاهِقَ)** أي: وهو من قارب الاحتلام.

(كَالْبَالِغِ) أي: لظهوره على العورات، فيلزم المرأة أن تحتجب منه، ويمنعه الولي من النظر كما يمنعه سائر المحرمات.

والثاني: لا كالدخول بلا استئذان في غير ما استثنت الآية، هكذا ذكره المصنف وغيره، وفي «الكافي»: ولا يجوز لها التكشف للمراهق، ولا يجوز للمراهق النظر إلى ما يجوز للبالغ النظر إليه على أحد الوجهين، ويجوز له

وَيَحِلُّ نَظَرُ رَجُلٍ إِلَى رَجُلٍ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ. وَيَحْرُمُ نَظَرُ أَمْرَدَ بِشَهْوَةٍ.
قُلْتُ: وَكَذَا بِغَيْرِهَا فِي الْأَصَحِّ الْمَنْصُوصِ.

الدخول على الأجنبية، ويستأذن في الأوقات الثلاثة التي تضع فيها ثيابها للآية، انتهى.

وأما الطفل فلا يُحتجب منه صرح به «المحرر»، وسبق نقل كلام الأئمة في ذلك، وقال ابن الصلاح: والذي فهمته من كلامه وكلام الْغَزَالِي أن من بلغ حد الحكاية والتشوق أن يظهر منه التشوق فهو كالرجل قطعًا، وإلا فالخلاف.

قال: (**وَيَحِلُّ نَظَرُ رَجُلٍ إِلَى رَجُلٍ**) أي: بلا شهوة وفاقًا؛ حيث لا مُرُودة أو طعن في السن، ولا يثبت كالطلس من الرجال[1]، وسيأتي بيان الأمرد القريب العهد بالصبا.

قال: (**إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ**)؛ لأنه عورة، والظاهر أن المراهق في هذا كالبالغ ناظرًا، أو منظورًا، أو يأتي في السرة والركبة ما سبق، ولا فرق في ذلك بين الأب، والابن، والأخ، والأجنبي، والسيد.

قال: (**وَيَحْرُمُ نَظَرُ أَمْرَدَ بِشَهْوَةٍ**) أي: بالاتفاق ولا يختص ذلك به؛ بل النظر إلى الرجل الملتحي وسائر المحارم بالشهوة، وهو حرام قطعًا.

قال: (**قُلْتُ: وَكَذَا بِغَيْرِهَا فِي الْأَصَحِّ الْمَنْصُوصِ**) أما نظره بالشهوة وهو ما اقتصر عليه الجمهور فلا ريب في تحريمه، وأما بغيرها في الأصح من غير حاجة، فإن خاف الفتنة حرم على الصحيح، وقيل: لا، واختاره الإمام وصححه مصححون، قال ابن الصلاح: وليس معنى خوف الفتنة أن يغلب على الظن وقوعها؛ بل يكفي في تحقق الخوف ألا يكون المخوف نادرًا بعيدًا.

وقال الْغَزَالِيُّ: إن أحس بالفتنة حرم النظر، قال ابن الصلاح: إن غلب على ظنه الوقوع، وحينئذٍ فللنظر على هذا الوجه ثلاث مراتب، وأن يأمن من الفتنة، فيجوز أن يغلب على ظنه وقوعها، فيحرم أن يخاف من غير غلبة ظن، فلا يحرم واختاره الْغَزَالِيُّ، قال ابن الصلاح: والصحيح خلافه.

---

(١) أي: المتساقط شعر جسده كالممحو فأشبه النساء في جلدهن.

....

وقال في «الإحياء»: كل من يتأثر قلبه بجمال صورة الأمرد، بحيث يدرك في نفسه الفرق بينه وبين الملتحي، يعني: من حيث الشهوة، فلا يحل له النظر، وقضية هذا تحريمه على الخائف وعلى بعض من لا يخاف، وأما التحريم مطلقًا فعهدة المصنف فيه أن صاحب «المهذب» وغيره أطلقوه من غير حاجة، وأصله ما حكاه الشيخ [أبو محمد عن الداركي أنه حكى][1] عن نص الشَّافِعِي أنه لا يجوز النظر إلى وجه الأجنبية، ولا إلى وجه الأمرد؛ لأنه يفتن.

قال أبو حامد: ولا أعرف ما ذكره الشَّافِعِي، وفي «شافي» الجرجاني: قال الشَّافِعِي: ولا ينظر إلى وجه الأمرد؛ خوف الافتتان.

وفي «الإفصاح»[2]: قال - يعني الشَّافِعِي-: ولا يجوز أن ينظر إلى وجه من يخاف الافتتان به من ذكور وإناث، وقضية هذين النصين التحريم عند خوف الفتنة لا مطلقًا، وأطلق القاضي الحسين القول بأن الغلام المراهق وغيره إذا كان حسن الوجه نفيس البدن يخشى منه الافتتان.

قال: حينئذٍ يحرم النظر إليه، ولم يفرق بين كون النظر بشهوة أو بغيرها.

ورأيت في كتاب «أحكام النظر» للفقيه الحافظ أبي الحسن بن الْقَطَّان المالكي: هل يجوز النظر إلى الأمرد المدرك وغيره؟ للفقهاء تفصيل؛ وذلك أنه يحرم في موطن بالإجماع، ويجوز في موطن بالإجماع، ويختلف فيه في موطن، فالمحرم بالإجماع أن يقصد بالنظر إليه التلذذ، واتساع حاسة النظر لمحاسنه خشية أن يكون متعرضًا لجلب الهوى من ولوع الشخص الموقع له في الافتتان.

وأما الذي يجوز النظر بالإجماع فهو أن ينظر إليه غير قاصد لذة، وهو مع ذلك يأمن الفتنة، فهذان شرطا عدم قصد الالتذاذ وعدم خوف الافتتان.

وأما المختلف فيه فهو أن يتوفر أحد هذين الشرطين دون الآخر، فينظر لا يقصد الالتذاذ ولكن يخاف الافتتان؛ لاختلاف الهوى، فهو موضع اختلاف، انتهى ملخصًا وهو كلام محرر، والله أعلم.

---

(١) في نسخة: (أبو حامد).

(٢) في نسخة: (الإيضاح).

وَالْأَصَحُّ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ أَنَّ الْأَمَةَ كَالْحُرَّةِ، وَالله أَعْلَمُ.
وَالْمَرْأَةُ مَعَ امْرَأَةٍ كَرَجُلٍ وَرَجُلٍ.

إشارات: قيل: المراد من الشهوة هنا أن يقصد بالنظر قضاء وطر فيه، بمعنى أنه يحب النظر إلى الوجه الجميل، أو يلتذ به لا أنه يشتهي منه الوقاع، ومقدماته فإن ذلك ليس بشرط؛ بل زيادة في الفسوق وقصد الفجور، انتهى.

التردد إنما هو في الأمرد الحسن، لا في كل أمرد، وكما يفهمه إطلاق المصنف فإن غير المستحسن لا نزاع فيه؛ حيث لا شهوة، خذ من إطلاق المصنف [أنه لا فرق بين الرجل والمرأة في نظر الأمرد، ولأن من النساء من يفتتن به إذا كان بالغًا جميلًا فهو محل فتنة لها كالرجل، وإطلاق المصنف] والسيد ونحوهم، ولا أحسب أحدًا يقول ذلك، أغرب الْمَاوَرْدِيُّ بقوله في «الشهادات»: وأما المحبة لاستحباب الصورة، فإن كانت لهوى يفضي إلى ريبة كرهت، وإن كانت لاستحسان صنع الله تعالى وبديع خلقه لم تكره، وكانت بالمستحبة أشبه، انتهى. وهذا فتح بابًا عظيمًا من الشر، والصواب: فيه عدم الاستحباب وفي الأول التحريم، والله أعلم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ: أَنَّ الْأَمَةَ كَالْحُرَّةِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) سبق شرح ذلك وبيانه، ولله المنة.

قال: (**وَالْمَرْأَةُ مَعَ امْرَأَةٍ كَرَجُلٍ وَرَجُلٍ**) أي: فيما سبق حظرًا وإباحةً، وقيل: إنها معها كالمحرم، فلا تنظر منها إلاَّ ما يبدو في المهنة، وزيف، نعم، قال الْمُتَوَلِّي: لو كانت تميل إلى النساء أو خافت من النظر إلى الوجه والكفين الفتنة لم يجز لها النظر كما ذكرنا في الرجل مع الرجل، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وأما المرأة مع المرأة كالرجل مع الرجل، وأما عند خوف الفتنة فلا يجوز ذلك بحال، انتهى.

قلت: وهذا مما يبتلى به ذوات السحق، ورأيت في «الترغيب» لأبي المفاخر سعد بن أسعد من متأخري الخراسانيين في المائة السادسة: وإن كان سحاقة فكالرجل، وهذا يشمله قولي: حظرًا، فأباحه وأطلق ابن عبد السلام

وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُ نَظَرِ ذِمِّيَّةٍ إِلَى مُسْلِمَةٍ.

القول [في «تفسيره»] بأن الفواسق كالكوافر، وسنتكلم عليه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: تَحْرِيمُ نَظَرِ ذِمِّيَّةٍ إِلَى مُسْلِمَةٍ**)؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] وليست منهن فيكون نظرها إليها كنظر الرجل الأجنبي، والثاني: أنها كالمسألة، وصححه الْغَزَالِي [فعلى المذهب هي كالرجل الأجنبي، والثاني: أنها معها كالمسألة، وصححه الْغَزَالِي].

وفي «البحر»: أنه الأقيس، قال: وهو المشهور عند أهل العراق أجمع، ولم يذكروا الوجه الأول، انتهى.

فعلى الأول هي كالرجل الأجنبي، وقيل: لا نرى فيها إلا ما يبدو عند المهنة، قال الرَّافِعِي: لا، وهذا أشبه، وهو غريب، ولم أرَه نصًا؛ بل صرح القاضي الحسين في «شرحه» والْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي وغيرهم أنها معها كالرجل الأجنبي، وكذا قالا في «النهاية» و«البسيط»، ولم أرَ الوجهين في كلام أحد، وكأنهما أخذا من الإمامة، وعبارة «الكافي»: الأصح والظاهر أنه أشار إلى الوجه الثاني المشهور أنها معها كالمسألة.

تنبيهات: اعلم أن ما صححه المصنف من التحريم لم يصرح به الرَّافِعِي في شيء من كتبه، نعم، قال في «البحر»: إن أحوط الوجهين إذا قلنا: بالأصح لم تدخل المسلمة معها الحمام، وعلى الثاني: تدخل، قال الْبَغَوِي: رأيت في «تعليق» لي أنَّا إذا قلنا بالأصح حرمنا على المسلمة النظر إليها، ولا أدري من أين نقلته، أما تحريم البروز لها على المسلمة فظاهر، وأما مجرد النظر فلا يتجه سائر الكوافر كالذمية، فلو قال: كافرة لشمل الجميع يستثنى أمتها الكافرة، فإنها تنظر إليها بلا خلاف، وكذا محارمها الكافرات؛ إذ لا يزدن على كفار محارمها، ولم أره نصًّا؛ ولكنه ظاهر. وأطلق الشيخ عز الدين بن عبد السلام في «تفسيره» المستقل إلحاق الفاسقات بالكافرات، وكأنه أشار إلى ما ذكره الْمُتَوَلِّي وغيره، وقد يريد أعم من ذلك كالعواهر ونحوهن من ذوات السحق والقيادة؛ لأنهن يفتن العفائف، ويحملهن على هذه الحالة، ويبرزن ربات الحجال، ويفتن بوصفهن قلوب الرجال، فالوجه: تحريم مخالطتهن والبروز لهن، وأما نظرهن

وَجَوَازُ نَظَرِ الْمَرْأَةِ إِلَى بَدَنِ أَجْنَبِيٍّ سِوَى مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ إِنْ لَمْ تَخَفْ فِتْنَةً. قُلْتُ: الْأَصَحُّ التَّحْرِيمُ كَهُوَ إِلَيْهَا، وَالله أَعْلَمُ. وَنَظَرُهَا إِلَى مَحْرَمِهَا كَعَكْسِهِ.

إلى غيرهن بمجرده ففيه نظر، إلا أن يخفن فتنة أو ينظرن بشهوةٍ.

قال: (**وَجَوَازُ نَظَرِ الْمَرْأَةِ إِلَى بَدَنِ أَجْنَبِيٍّ سِوَى مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ إِنْ لَمْ تَخَفْ فِتْنَةً**) ولا نظرت بشهوة، ووجه بأنه ليس بعورة منه بخلاف المرأة، وهذا ما صححه الْغَزَالِيُّ؛ لأنهما لو استويا؛ لأمر الرجال بالحجاب.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ التَّحْرِيمُ كَهُوَ إِلَيْهَا، وَاللهُ أَعْلَمُ**) هو كما قال، وصححه جماعة وقطع به صاحب «المهذب» وغيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] ولقوله ﷺ: «أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُمَا؟! أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانِهِ!»[1] صححه الترمذي وغيره، وفي وجه ثالث: أنها تنظر ما يبدو في المهنة دون غيره؛ لعدم الحاجة إليه.

إشارة: الخلاف فيما إذا لم تخف فتنةً، ولا نظرت بشهوة، والظاهر أن بدن عبدها كبدن الأجنبي، وأن نظرها إليه على الخلاف، وبه صرح صاحب «البحر» فيه نظره إليها ويحتمل غير ذلك، ولم أرَ فيه نصًا، فإن من هو في محل الشهوة من الصبيان وهو المراهق كالبالغ، قال في «البحر»: ويجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه؛ لأنها يعجبها من الرجل ما يعجبه منها، ولعل هذا فيما إذا كان قد خطبها أو عرض بذلك، أما قبل ذلك فلا، ويحتمل أن يجوز قبل ذلك إذا ظنت إجابته لو خطبته.

قال: (**وَنَظَرُهَا إِلَى مَحْرَمِهَا كَعَكْسِهِ**) هذا منه يفهم نقل وجهين: **أحدهما**:

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٢٩٦، رقم ٢٦٥٧٩)، وأبو داود (٤/ ٦٣، رقم ٤١١٢)، والترمذي (٥/ ١٠٢، رقم ٢٧٧٨) وقال: حسن صحيح. وإسحاق بن راهويه (١/ ٨٤، رقم ٣٤)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٩٣، رقم ٩٢٤١) وأبو يعلى (١٢/ ٣٥٣، رقم ٦٩٢٢)، وابن حبان (١٢/ ٣٨٧، رقم ٥٥٧٥)، والبيهقي (٧/ ٩١، رقم ١٣٣٠٣)، قال الحافظ في التلخيص (٣/ ١٤٨): ليس في إسناده سوى نبهان مولى أم سلمة شيخ الزهري وقد وثق. جميعا عن أُمِّ سَلَمَةَ أنها كانت عند النبي ﷺ وعنده مَيْمُونَةُ فَأَقْبَلَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ، وذلك بعد أن أُمِرْنَا بِالْحِجَابِ، فدخل علينا فقال: احْتَجِبَا. فقلنا: يا رسول الله إنه أَعْمَى لَا يُبْصِرُنَا وَلَا يَعْرِفُنَا... فذكره.

وَمَتَى حَرُمَ النَّظَرُ حَرُمَ الْمَسُّ . ...

تنظر منه ما خلا ما بين السرة والركبة، **والثاني**: ما يبدو في المهنة، والرَّافِعِي ذكر مثل ما في الكتاب، ثم قال: قال الإمام: والمحققون على أن ما فوق السرة وتحت الركبة من الرجل كما يبدو عند المهنة من المرأة، وعبارة الإمام: قال بعض أصحابنا: هو بمثابة نظره إلى المرأة المحرم، وقال المحققون: كذا فذكره، وقضية هذا أن يكون الصحيح جواز نظرها إلى ماعدا عورته قطعًا؛ لأن ما يبدو في مهنتها يجوز نظر محرمها إليه قطعًا، ويشبه أن يقال: إن جوزنا لها النظر إلى ماعدا عورة الأجنبي، كما رجحه الرَّافِعِي جاز في المحرم قطعًا، كما اقتضاه كلام المحققين، وإن قلنا باختيار المصنف: إن نظرها إلى الأجنبي كنظره إليها فيجري هنا وجهان في اقتصارها على ما يبدو في المهنة أم لا.

فرع: قال الدارمي وغيره: الخنثى المشكل لا ينظر رجلًا ولا امرأة، ولا حتى أجانب ولا ينظر أحدهم إليه، وجزم المصنف في باب الأحداث من «شرح المهذب» بأنه يحرم على الرجال والنساء إذا كان في سن يحرم [النظر فيه إلى الواضح، وقيل: لا يحرم استصحابًا لحكم الصغير، وبه جزم ابن الْقَطَّان، والمشهور: المنع] تغليبًا للحظر، ولا يجوز أن يخلو به أجنبي ولا أجنبية، ولو كان مملوكًا لامرأة فالقياس أنه معها كعبدها، ويجيء فيه السابق هنا مع [الأجانب][١] وليس بشيء.

قال: **(وَمَتَى حَرُمَ النَّظَرُ حَرُمَ الْمَسُّ)**؛ لأنه أبلغ في إثارة الشهوة واللذة وأغلظ، وكذلك لو لمس الصائم فأنزل أفطر، ولو أنزل بالنظر لم يفطر، والظاهر أنه لا تجوز ملامسة المرأة عبدها، وإن جعلناه في النظر كالمحرم.

قال الرَّافِعِي: [قد يحرم] المس حيث لا يحرم النظر، فلا يجوز مس وجه الأجنبية، وإن جوزنا النظر إليه ولامس كل ما يجوز النظر إليه من المحارم والإماء؛ بل لا يجوز مس بطن أمة وظهرها ولا أن يغمز ساقها ورجلها، ولا يقبل وجهها، حكاه في «الرَّقْمِ» عن الْقَفَّال.

---

(١) في نسخة: (الأحاديث).

وَمُبَاحَانِ لِفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ وَعِلَاجٍ.

قلت: ومعنى قوله: «ولا مس كل» أي: لا يجوز مس جميع ذلك؛ بل يحرم بعضه لمس النظر أو على وجه التغميز، أما مس يد المحرم ورأسها ونحوهما فلم يقتضي كلامه تحريمه، فيكون من باب سلب العموم لا من باب عموم السلب، كما وقع للمصنف حيث قال في أصل «الروضة»: فيحرم مس وجه الأجنبية، ومس كل ما جاز النظر إليه إلى آخره، وقضية تحريم مس شيء من المحرم وهذا محال. وقد قال في «شرح مسلم» في باب فصل الغزو في البحر: جواز ملامسة المحرم في الرأس وغيره مما ليس بعورة مجمع عليه، وفي «حلية» الشَّاشِي عن القاضي الحسين ما يقتضي التسوية بين المحرم والأجنبية في المس.

قال: وهو يعني: المنع صحيح في الأجنبية، وليس بصحيح في المحرم، فإنه يجوز له مسها إذا لم يقصد الشهوة، انتهى.

والتحقيق أن مس بطن الأم وظهرها ينقسم إلى محرم وغيره، وبه جمع جامع بين كلام «الروضة» وإطلاقه في «شرح مسلم» فإن فعل ذلك لحاجة أو شفقة حيث يقتضي الحال ذلك، فجائز قطعًا، ولا سيما إذا كانت عجوزًا همة، وإن فعله على وجه ستر شهوة فحرام قطعًا، وبين الحالتين مراتب، مما قرب من الأول: ظهر جوازه، أو من الثاني: ظهر تحريمه، وكذا غمز الساق والرجل وإن قرب من الثاني؛ لأنه قد يحتاج إليه وإن لم ينبه إلى حد المداواة المبيحة للأجانب، ويبعد أو يقطع بانتفاء قصد آخر من المسلم، فكيف يحرم؟ وكذا التقبيل بشفقة، ففي «صحيح البخاري» وغيره أن الصديق رضي الله عنه دخل على عائشة - رضي الله عنها - وقد أصابتها حمى فقال: **«كَيْفَ أَنْتِ يَا بُنَيَّةُ؟ وَقَبَّلَ خَدَّهَا»**[(١)] وليس إلا على وجه الكرامة والحنو والشفقة فهذا مقطوع بجوازه.

قال: **(وَمُبَاحَانِ)** أي: النظر والمس من الأجنبي؛ **(لِفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ وَعِلَاجٍ)** أي: للحاجة الملجئة إلى ذلك؛ ولأن في التحريم حينئذٍ حرجًا، نعم، يمكن

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٤٢٦، رقم ٣٧٠٤)، وأبو داود (٤/ ٣٥٦، رقم ٥٢٢٢)، والبيهقي (٧/ ١٠١، رقم ١٣٣٦٠).

قُلْتُ: وَيُبَاحُ النَّظَرُ لِمُعَامَلَةٍ وَشَهَادَةٍ ....

ذلك بحضور محرم، أو زوج، أو سيد، أو امرأة ثقة، إذا جوزنا خلوة الأجنبي بامرأتين، وفيه كلام طويل يأتي في العدد ـ إن شاء الله تعالى ـ ويشترط في تعاطي الأجنبي ذلك عدم امرأة تتعاطاه من المرأة، وبالعكس على الأصح.

قال القاضي الحسين: ولا يكون ذميًّا مع وجود مسلم.

[**قلت**: وقياس ما سبق ألا تكون كافرة أجنبية مع وجود مسلمة على الأصح] نعم، لو لم نجد لمعالجة المرأة إلا كافرةً ومسلمًا، فالظاهر أنَّا نكتفي بالكافرة؛ لأن نظرها ومسها أخف سهمًا من الرجل.

قال في «الكافي»: ولو كان بعورة الرجل أو المرأة عليه، جاز للطبيب الأمين أن ينظر إليهما للمعالجة، كما في الختان فقوله: الأمين قيد بحسب اعتباره فلا يعدل عنه إلى غيره مع وجوده.

واعلم أنه يعتبر في غير الوجه والكفين تأكيد الحاجة، وضبطه الإمام مما يجوز العدول إلى التيمم وفاقًا وخلافًا، والمراد أن ما اختلف فيه هناك يجوز، والتسليط هاهنا يشبه قطعًا، قال الإمام: لأن الحاجة إلى التكشف بسبب الأمراض مما يعم بخلاف التيمم بأنه نادر على أطوار الناس، انتهى.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال ما يخالف ذلك؛ حيث قال: لا يجوز أن يفصدها رجل إلا عند الضرورة بأن يقول لها طبيب مسلم: لا بدَّ من الفصد وإلا هلكت فيلف على الساعد خرقة، ويكشف ما لا بد منه، وبهذا جزم في «الكافي»، ويعتبر في النظر على السوئتين تأكيد الحاجة.

قال الْغَزَالِيُّ: بحيث لا يعد التكشف لها هتكًا للمروءة، وتعذر فيه عادةً، ويجيء ما قاله الْقَفَّالُ هنا ظاهر، وأولى.

قال: **(قُلْتُ: وَيُبَاحُ النَّظَرُ لِمُعَامَلَةٍ)** أي: للرجوع بالعهدة والمطالبة بالثمن وغيرهما، **(وَشَهَادَةٍ)** أي: عند التحمل والأداء للحاجة إلى ذلك؛ بل يجوز النظر إلى الفرج للشهادة على الولادة والزنا، والثدي للرضاع على الصحيح في الكل، وقيل: عكسه، وقيل: يجوز في الزنا فقط، وقيل: عكسه، وموضع

وَتَعْلِيمٍ وَنَحْوِهَا بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَالله أَعْلَمُ.

الخلاف كما قاله الْمَاوَرْدِيُّ في باب شهادة النساء إذا قالوا: تعمدنا النظر؛ لإقامة الشهادة، أما لو قالوا: حَانَتْ منا التفاته بلا تعمد فرأينا، قبلوا: بلا خلاف، وإن قالوا: تعمدنا النظر؛ لغير الشهادة، فسقوا بتعمدهم، وردوا جزمًا، قيل: وينبغي أن يرجح عدم الجواز فيما يثبت بالنساء؛ حيث تيسرن كما رجح في معالجة المرأة انتفاء امرأة تتعاطاها كما سبق.

واعلم أن نص الشَّافِعِي في «الأم» مصرح بأنه لا يجوز للأجانب النظر إلى يديِّ الأجنبية للشهادة على الرضاع، ولفظه: وعندي لا يحل لغير ذي محرم أو زوج أن يعمد أن ينظر إلى ثديها، ولا يمكنه أن يشهد على رضاعها بغير رؤية ثديها، وهذا ينازع في الترجيح السابق، إلا أن يثبت عنه نص يخالفه.

تنبيه: خصص الْمَاوَرْدِيُّ جواز النظر للمعالجة بالوجه فقط وهو [الجواز][(١)] في «مقنع» المحاملي، و«تجريد» القاضي أبي الطيب و«تحرير» الجرجاني، قال: وللحاكم النظر عند تحليفها، أو الحكم عليها.

قلت: وقياسه جوازه عند الحكم لها أيضًا، ونسب في «البحر» الاقتصار على الوجه إلى الأكثرين، يعني: ممن منع النظر إلى الوجه والكفين من غير حاجة، وحكى وجهًا أنه يجوز إلى الكفين هنا، وحيث أجزنا النظر إلى الوجه؛ لمعاملة، أو شهادة، أو حكم، فهل يستوعبه؟

قال الرُّويَانِيّ: يجوز ذلك عند جمهور الفقهاء، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: الصحيح جوازه إلى ما يعرفها به، فإن عرفها بالنظر إلى بعضه لم يتجاوزه، ولا يزيد على مرة واحدة إلا ألا يتحققها به، وعن الصيمري: أنه لو نظر أكثره وسمع كلامها جاز، وهذا كله إذا لم يخف فتنةً، فإن خاف لم ينظر إلا أن يتعين الشهادة، فينظر بعد ضبط نفسه.

قال: (**وَتَعْلِيمِ وَنَحْوِهَا بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أما النظر للتعلم والتعليم فيما يحسن تعلمه وتعليمه فظاهر؛ للحاجة، وكذا ينبغي تعلمه في الصنائع

---

(١) في نسخة: (الجواب).

وَلِلزَّوْجِ النَّظَرُ إِلَى كُلِّ بَدَنِهَا.

المحتاج إليها إذا لم يمكن التعليم من وراء حجاب، ويجري في اعتبار فقد الجنس [وغيره] ما سبق في المعالجة، وأما ما لا يجب تعلمه على الأعيان من القرآن وغيره من العلم الشرعي فإطلاقه هنا يقتضي جواز النظر للتعلم؛ لكن سيأتي فيما إذا أصدقها تعلم قرآن وطلق قبله ما قد يخالف هذا، فتأمله مع هذا.

وقوله: «ونحوها» أي: كالقضاء لها وعليها من التحليف والجلد في حد، أو قطع ونحوه، [أو توكيل غيرها].

قال شارح: أي: كالنظر للشهادة على الولادة إلى فرجها وفرج الزاني، وإلى الثدي للشهادة على الرضاع، انتهى.

وهذه الأمور دخلت في قوله: «وشهادة» إلا أن يريد بذلك النظر إلى الوجه فقط وهذا بعيد، وقوله: «بقدر الحاجة» في القدر المنظور إليه، وحينئذٍ يكون موافقًا لما ذكره الرُّويَانِيّ والماوردي، ولا شك فيما عدا الوجه والكفين؛ إذ لا ضرورة إلى ما وراء الحاجة، وربما أفهم ذلك موافقة الْقَفَّالُ فيما قاله في صورة القصد، ويجوز أن يحمل قوله: «بقدر الحاجة» على جميع ما ذكره من المعاملة والشهادة والتعلم، ويكون المعنى بقدر ما يحتاج إليه من ذكرنا من المعالج والعامل والشاهد، وقدر ما يحتاج إليه المتعلم من العلم والصنعة، ولم أرَ في ذلك تصريحًا.

قال: **(وَلِلزَّوْجِ النَّظَرُ إِلَى كُلِّ بَدَنِهَا)** لأنه محل استمتاعه، وهذا إذا لم تكن معتدة عن وطء شبهة، [فإن كانت] فلا، قال الهروي: فتكون كالمكاتبة، وجزم به في «الروضة» وقال الْمُتَوَلِّي: يحرم الخلوة بها وأقراه كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - وفي نظره إلى فرجها، وجهان ويحكيان في باطنه فحصل أوجه: أصحها: الحل؛ لكن يكره، ونسبه القاضي الحسين إلى النص؛ لأن الحديث الوارد في النهي، ضعفه أكثرهم، وذكر جماعة أنه موضوع، وذهب الترمذي إلى تحريمه وصاحب «الإفصاح».

قال ابن الْقَطَّان: ولعله أصح؛ لأن فيه مِنْ السُّخْفِ ما لا خفاء به،

....

وصححه الفارقي، وهو المختار؛ خلافًا للجمهور، وصحح الرُّويَانِي في «الحلية» التفصيل فقال: وظاهر فرجها في أصح الوجهين؛ بل افهم الجزم بتحريم نظره إلى باطنه، وأما الحديث فحسنه أبو عمرو بن الصلاح، قال: وقد أورده الحافظ أبو أحمد بن عدي بإسناد جيد عن ابن عباس.

قلت: ولعل من ضعفه بلغه من طريق وضَّاع فحكم بوضعه[1].

وقال الحضرمي في «المعين»: والخلاف في غير حالة الجماع أما فيها فيجوز وجهًا واحدًا، وهذا غريب، والرجل كثير الوهم، كما رأيته، ويشبه أن يقال: لو كان يعلم من نفسه لو رآها حاسرة عما بين السرة والركبة لم يملك نفسه عن غشيانها؛ أنه لا يجوز له النظر إلى ذلك في حال حيضها، أو نفاسها، أو إحرامها، أو صومها [أو إحرامه أو صومه] الواجب فتأمله!.

فروع: قال الدارمي: ولا ينظر الزوج إلى دبر المرأة نفسه، يعني: حلقة الدبر، وخص الوجهين بالقبل، انتهى.

قيل: وإطلاق الشَّافِعِي والأصحاب جواز التلذذ بما بين الإليتين، قد ينازع فيما ذكره، وفيه نظر، وللزوجة النظر إلى كل بدنه، وفي نظرها إلى قبله الخلاف، وقيل: يجوز قطعًا، وأمته [المستأجرة][2] معه كالزوجة في جميع ما سبق، ونظرها إليه كنظره إليها، فإن حُرمت عليه بتزوج، أو كتابة، [أو بإيلاد، أو بحبس][3] ونحوها، قال الرَّافِعِي وغيره: فهي كأمة غيره، وعبارة «الروضة»: أنه يحرم نظره إلى ما بين السرة والركبة دون غيره على الصحيح، وفي «تعليق أبي حامد» أنه إذا زوجها صارت بمنزلة المحرم، وتبعه المحاملي والعمراني، فحصل وجهان: أحدهما: جواز النظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة، والثاني: إلى ما يبدو في المهنة فقط، وبهما صرح القاضي الحسين،

---

(١) انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (٢/ ٢٢٩).

(٢) في نسخة: (المستباحة).

(٣) في نسخة الأصل: (أو بوثن أو بمحبس).

فَصْلٌ

تَحِلُّ خِطْبَةُ خَلِيَّةٍ عَنْ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ، ....

وينبغي أن يقيد الجواز على الوجهين بما إذا كان بغير شهوة ومن أطلق أنها كأمة الغير أوهم أنه يأتي وجه أنه لا ينظر إلى شيء منها، وهذا لا يقوله أحد فيما أعلم، ويكره للإنسان نظره إلى فرج نفسه بلا حاجة، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ في جواز الوجهين، ثم قال إثر وجه المنع: فعلى هذا لو تجرد في الماء في نهر أو غدير فوجهان:

وجه الجواز: إقامة الماء مقام الثوب في الستر.

والثاني: لا يجوز للنهي أن ينزل الماء بغير مِئْزَرٍ، وأنه ﷺ قال: «**إن للماء سُكَّانًا**»[(١)] انتهى.

وفي «طبقات العبادي» أن الشَّافِعِي قال: في قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ [النور: ٣٠] يعني: عن النظر إليها بخلاف حفظ الفرج في بقية المواضع في القرآن.

قال: (**فَصْلٌ: تَحِلُّ خِطْبَةُ**) أي: بكسر الخاء.

(**خَلِيَّةٍ عَنْ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ**) أي: وتوابع النكاح تصريحًا وتعريضًا؛ إذ لا علقة عليها لأحد وأحسبه إجماعًا.

وقال الْغَزَالِيّ: هي مستحبة، قيل: والأولى أن يقال: إن حكمها حكم النكاح إن استحب استحبت، وإلا فلا؛ إذ حكم الوسيلة حكم المقصد؛ لكن يلزم منه أن يقال: إذا أوجبنا النكاح كما سبق في حال إيجابها.

[**إشارة**[(٢)]: لفظ الكتاب يقتضي جواز خِطْبَةِ السُّرِّيَّةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ الْمُسْتَفْرَشَةِ وَإِنْ لَمْ يُعْرِضْ السَّيِّدُ عَنْهُمَا، وفيه نظر، ولا يبعد تحريمها إذا علمت رغبة

---

(١) ذكره الشوكاني في نيل الأوطار (١/ ٣٢٠)، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (١/ ٢٨٩) بلفظ: « إن في الماء - أو إن للماء - ساكنًا».

(٢) في نسخة: (فروع).

لَا تَصْرِيحٌ لِمُعْتَدَّةٍ، وَلَا تَعْرِيضٌ لِرَجْعِيَّةٍ، وَيَحِلُّ تَعْرِيضٌ فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ وَكَذَا لِبَائِنٍ فِي الْأَظْهَرِ ....

السيد فيها؛ لما فيه من الإيذاء، وربما جرَّ إلى فساد، وهو أشد أذىً من تحريم الخطبة على الخطبة، ولم أرَ فيه شيئًا.

فائدة: قول الْغَزَالِي في «الخلاصة»: إنه كان من خصائصه ﷺ جواز نكاح المعتدة في عدتها غلط، تبع فيه الجويني في «مختصره».

قال ابن الصلاح: [ومنشأه] من تصحيف لكلام الْمُزَنِيّ، وقد نبه على ذلك صاحب «المعتبر» فقال: إنه لا يوجد إلا في «مختصر» الجويني، أو فيما بني عليه.

قال: (**لَا تَصْرِيحٌ لِمُعْتَدَّةٍ**) أي: من غير الزوج أو رسوله، وهذا إجماع والتصريح ما يقطع بالرغبة في النكاح كأريد نكاحك ونحوها، قال القاضي أبو الطيب: وكل كلام لا يحتمل غير النكاح، وكذا قوله: إذا حللت زوجتك بفلان، انتهى.

قال الشَّافِعِي: وإذا أذن الله تعالى فالتعريض بالخطبة في العدة، فبين أنه حصر التصريح فيها، وخالف بين [حكم] التعريض والتصريح، وبذلك قلنا: قالوا: ولأن في المرأة من غلبة الشهوة والرغبة ما يحملها على انقضاء العدة إذا تحققت الرغبة بالتصريح.

قال: (**وَلَا تَعْرِيضٌ لِرَجْعِيَّةٍ**)؛ لأنها في معنى الزوجة، والتعريض ما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها كربَّ راغبٍ فيكِ، ومن يجد مثلك، وأنا حريص عليك ونحوها.

قال: (**وَيَحِلُّ تَعْرِيضٌ فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ**) أي: ولو كانت بالحمل على الأصح؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] ووجه المنع في الحامل خشية أن تحملها الرغبة على إسقاطه.

قال: (**وَكَذَا لِبَائِنٍ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لانقطاع سلطة الزوج عنها وحصول البينونة، **والثاني**: المنع؛ لأن لذي العدة أن ينكحها، فأشبهت الرجعية، وهذا توجيه قاصر.

....

واعلم أن كلام المصنف يقتضي جريان القولين في كل بائن [ويحاذر منه][١] الخلاف في الجميع وليس كذلك، أما البائن بدون الثلاث أو بفسخ، ففيها القولان، وقيل: إن كان الزوج الفاسخ، جاز التعريض قطعًا، أو هي، فالقولان، كذا نقلهما ابن الرِّفْعَة والقاضي الحسين، [ورأيتها][٢] في «تعليقه» كذلك.

فقال قائل: [وعليهما القول]، وليس كما قال؛ بل هذه طريقة ثالثة صرح بها الْمُتَوَلِّي والرَّافِعِي، ولفظه: وقيل: إن فسخ الزوج فعلى الخلاف، وإن فسخت هي لم يجز التعريض بخطبتها، قولًا واحدًا؛ لأنها رغبت عن صحبته، فلا يؤمن كذبها في انقضاء العدة إذا وجدت راغبًا، انتهى.

وقد اشتمل كلام «المطلب» على نقل هاتين الطريقتين [وعكسهما المتولي، ولعله سهو]. وأما البائن بثلاث أو لعان أو رضاع فالمذهب القطع بالجواز، وقيل: على القولين، ثم لا فرق [في هذه الصور] بين ذات الأقراء والأشهر، وقيل: إن كانت عدتها بالأقراء حرم قطعًا؛ لاحتمال الكذب، ويحل للمعتدة عن وطء الشبهة قطعًا، وقيل: على القولين، قال الْمَاوَرْدِيُّ: والمعتدة بالردة كالرجعية فلا يحل التعريض لها.

قال: ولا يجوز للمطلق ثلاثًا أن يخطبها، أي: لنفسه تصريحًا، ولا تعريضًا، وحكم جوابها تعريضًا وتصريحًا حكم الخطبة، وجميع ما ذكرناه في غير ذي العدة، أما صاحبها الذي يحل له نكاحها فيها فله التصريح، والتعريض.

تنبيه: سبق تفسير التعريض، وقال الشَّافِعِي في «الأم»: ولو قال: عندي جماع مُرْضٍ، فقد عرض بالخطبة تعريضًا محرمًا، وأنهاه عنه لأنه فحش، قال صاحب «الإفصاح» في «تعليقه» عن ابن أبي هريرة: التعريض بالخطبة ضربان: محظور ومباح، فالمحظور: أن يقول: إني لقادر على جماعك، ولعل الله يرزقك من يجامعك، قاله أبو الطيب في «المجرد»، وقول «الروضة»: قال أصحابنا: يكره التعريض بالجماع للمخطوبة لا ينافي ذلك، فاعلم.

---

(١) في نسخة: (واتحاد رتبة). (٢) في نسخة: (وأثبتوا).

وَتَحْرُمُ خِطْبَةٌ عَلَى خِطْبَةِ مَنْ صُرِّحَ بِإِجَابَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، ....

فرع: قال الْمَاوَرْدِيُّ في «الإقناع»: لا يجوز التصريح بخطبة المحرم، ولا محرمة، ويجوز التعريض بهما.

قال: وإذا استعمل الحر نكاح أربع حرم أن يَخطب أو يُخطب، هذا لفظه، وقال في كتاب الحج من «الروضة»: المستحب ترك الخطبة للمحرم، والمحرمة، وتمام المسألة في كتاب النكاح، لم يذكر هنا شيئًا، وظاهر نص «الأم» التحريم له ولغيره، حيث قال: وأكره للمحرم أن يخطب على غيره، كما أكره أن يخطب على نفسه، ولا يفسد بمعصيته بخطبة النكاح الحلال، انتهى.

وهذا ما رواه الرُّويَانِي عن صاحب «التقريب»، وأنه يحرم على المحرم الخطبة، وقوله ﷺ: «**ولا يخطب**» أن معناه أنه لا يخطب المرأة لنفسه أو لغيره، وقال الفارقي: المراد به الخُطبة بين يدي العقد، وهي: الحمد لله. . . . إلى آخرها، وهذا غلط.

قال: (**وَتَحْرُمُ خِطْبَةٌ عَلَى خِطْبَةِ مَنْ صُرِّحَ بِإِجَابَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ**)؛ لقوله ﷺ: «**لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ**»[1] متفق عليه، ولما فيه من الأذى والتقاطع غالبًا، وقد شمل كلام المصنف كل خاطب، وفيه إشكال.

أما [تحريم] الخطبة على خطبة المسلم الجائز الخطبة فلا شك فيه، وأما الخطبة على خطبة الذمي ففيها وجهان: المشهور: التحريم، وقوله في الحديث: «**عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ**» خرج على الغالب، وهل المعاهد والمستأمن كالذمي؟ فيه احتمال الأقرب عندي، نعم كفًا للأذى عنهما، وأما من لا أمان له ولا عهد، فالوجه جواز الخطبة على خطبته، لا ما أفهمه كلام المصنف، وهل المرتد مثله؟ فيه نظرٌ.

تنبيهات: **منها**: يستثنى من إطلاقه التحريم الحربي، والمرتد كما أبديناه، ومن خطب رجعية في العدة، ومن رجع عن إجابته، أو صرح هو بالإعراض، أو نكح من يحرم الجمع بينها وبين المخطوبة، أو طال الزمان بعد إجابته

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤٦)، ومسلم (٢٥٣٠).

....

بحيث يعد معرضًا، قاله الإمام، ويشبه أن يستثنى الخطبة على خطبة الذمي المسلمة، أو المطلق ثلاثًا لمطلقته، والملاعن لها، ومن تحته أربع على ما اقتضاه كلام «الإقناع» السابق من تحريم الخطبة عليه، فإن صح هذا ألحق به خطبة المرأة على من يحرم الجمع بينهما وبينها، وفي ذلك في تحريم خطبة الخامسة، نظر إذا كان عازمًا على أنه إن أجيب، طلق إحدى الأربع، والأخت مثلًا، ويشبه أيضًا إلا يعتبر خطبة العبد والسفيه بغير إذن السيد والولي، ويقوي ذلك إذا لم نوجب إجابتهما، ومنعهما السيد والولي من الخطبة، وذكر ابن الرِّفْعَة أنه لا فرق في المنع بين الخطبة على خطبة المحرم وغيره، قال: وقيل: يجوز بناءً على أنه لا يجوز له الخطبة، انتهى.

وقد علمت أنه نص «الأم» وإنما قال ابن الرِّفْعَة ما قال بناءً على أنه لا يحرم ذلك على المحرم كما سبق، ولهذا يظهر لك صحة استثناء أكثر الصور التي أبديناها، وحينئذٍ يمكن أن يقال: الضابط من حل له الخطبة، وكان محترمًا بعهد أو ذمة، حرمت الخطبة على خطبته إذا صرح بإجابته إلا بإذنه.

ومنها: استثناء ما إذا أذن له الخاطب، نطقت به السُّنة، وأطلق الفقهاء الجواز، ولا شك إذا ظهر رضاه بذلك، أو خفي علينا حاله بناءً على ظاهر الإذن، أما لو أذن مع ظهور الكراهة عليه كذلك، وإنما حمله على الإذن الحياء أو الخوف من المستأذن، ونحو ذلك، فلا يظهر الجواز، والحديث محمولٌ على القسم الأول.

ومنها: قدمنا أن رجوعهم عن الإجابة يتجه، ويكون بمنزلة الإذن، وينبغي أن يكون ذلك بعد علم الخاطب برجوعهم، أو اشتهاره.

قال الصيمري: ولو خطب خمسًا دفعة؛ فأذن، ثم نكح أربعًا، حلت خطبة الخامسة.

قال: ولو خطب واحدةً، حلت خطبة الخامسة، وفيه نظر، والمختار: المنع؛ إذ قد يرغب في الخامسة.

فَإِنْ لَمْ يُجَبْ وَلَمْ يُرَدَّ، لَمْ تَحْرُمْ فِي الْأَظْهَرِ.

ومنها: إنما تكون بالخطبة على خطبة غيره عاصيًا، إذا كان بالنهي عن ذلك عالمًا.

ومنها: قول المصنف: «من صرح بإجابته» يقتضي أنه إذا عرض له بالإجابة لا تحرم الخطبة على خطبته، وفيه نظر، إذا كان التعريض ظاهر في الإجابة، وإن لم يبلغ الصراحة، وسنذكر ما يتجه في ذلك، وقد قال الشَّافِعِي في «البويطي»: وإذا وعد، أي: الولي المخير رجلًا، فلا يخطب على خطبته.

قال في «الروضة»: وصريح الإجابة أن يقول: أجبتك إلى ذلك، أو يأذن لوليها أن يزوجها إياه، وهي معتبرة الإذن.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يُجَبْ وَلَمْ يُرَدَّ؛ لَمْ تَحْرُمْ فِي الْأَظْهَرِ**) إذ ليس فيه إبطال ما تقرر بينهما، وهذا ما نسب إلى «الجديد» ويدل له حديث فاطمة بنت قيس في «الصحيح» والظاهر أنها لم تستعف ولم ترد.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: ودلالته من وجهين:

أحدهما: أن أحد الرجلين خطبها بعد صاحبه.

والثاني: أنه ﷺ خطبها لأسامة بعد خطبتهما، والثاني: وهو المحكي عن «القديم» المنع؛ لإطلاق الحديث، وقد اقتضى إطلاق المصنف بأن القولين سواء وجد ما يشعر بالرضا أم لا، وهو قضية كلام القاضي الحسين والإمام، وقضية كلام «الحاوي» و«الشامل» وغيرهما أن محلهما إذا وجد ما يشعر بالرضا.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: بأن تقدر صداقها أو تشترط شيئًا ولم تأذن في العقد.

قال الرَّافِعِي: وأقام مقيمون ذلك بطريقتين، ويجوز ألا يجعل خلافًا محققًا، ويحمل الأول على سكوت لم تقرر به ما يشعر بالرضا، انتهى.

ويشبه أن يقال: إن وجد قرينة ظاهرة تشعر بالرضا حرمت الخطبة، وإن وجدت قرينة ظاهرة تؤذن بالرد جازت الخطبة قطعًا، وتخصيص الخلاف بما إذا انتفى الأمران، وحكى الداركي أن الخلاف في سكوت البكر، أما سكوت الثيب فلا يمنع بحال.

وَمَنْ أُسْتُشِيرَ فِي خَاطِبٍ ذَكَرَ مَسَاوِئَهُ بِصِدْقٍ.

قلت: والمذهب التفصيل؛ لأنه قال في أحكام القرآن من «الأم»: إن السُّنة دلت على أنه إنما نُهِي أن يخطب على خطبة أخيه، إذا كانت راضيةً، ورضاها إن كانت ثيبًا، أن تأذن في النكاح بنعم، وإن كانت بكرًا أن تسكت فيكون ذلك إذنها.

وقال في كتاب التعريض من «الأم»: وإذا أذنت المرأة لوليها في نكاح رجل بعينه لم تجز خطبتها في تلك الحال، فإذن الثيب: الكلام، والبكر: الصمت، فهذان النصان صريحان فيما ذكرناه، والمذهب نقل وجمع ابن الرِّفْعَة عند عدم التصريح بالرد، والإجابة أربعة أقوال: أصحها: لا يحرم، وثانيها: يحرم، وثالثها: يحرم عند التعريض بالإجابة لا عند الإمهال للمشاورة، ورابعها: يحرم فيها ولا يحرم في حال السكوت، قال: ويجيء خامس: أن سكوت الثيب لا يمنع بخلاف البكر، انتهى. والمذهب: ما حررناه، وعجب قوله: ويجيء خامس مع ما نقلناه عن «الأم» والله أعلم.

فرع: يجوز خطبة من لم تدرِ أخطبت أم لا؟ ومِن ثم لم تدرِ أجيب خاطبها أم لا؟ وفيه احتمال لصاحب «الذخائر» أنه يجب عليه التوقف حتى يعلم الرد، انتهى. وهو قوي إذا كان الخاطب ممن يجاب غالبًا.

فرع: المعتبر في المجبرة رد المجبر وإجابته، وفي غيرها هي، وفي الأمة غير المكاتبة السيد أو وليه، وفي المبعضة والمشتركة هما، قالوا: وفي المجنونة السلطان، وكأنه فيما إذا كان هو الولي، نعم إذا قلنا: تجاب البكر إلى معينها كفى في التحريم إجابتها، وكذا لو دعت إلى كفء ولم يدع الولي إلى غيره فتكفي إجابة أحدهما؛ لأنه يلزمه تزويجها حينئذٍ.

قال: (**وَمَنْ أُسْتُشِيرَ فِي خَاطِبٍ ذَكَرَ مَسَاوِئَهُ بِصِدْقٍ**) أي: يجوز له ذلك، ولا تكون غيبة محرمة؛ إذا قصد بها النصيحة، وليس المراد الاستغراق؛ بل إنما يذكر منها ما يحتاج إليه، وهو ما يحصل به الغرض، وهاهنا أمران: أحدهما: أنه لا يحل له ذكر المساوئ إذا اندفع المستشير بدون ذلك؛ كقوله: لا حاجة لك

....

به، أو لا خير لك فيه، أو لا يصلح لك ونحوها، وهو ظاهر إذا علم أنه يقنع به، وفيه وقفة من جهة أنه ﷺ قال لفاطمة بنت قيس ما قال، ولا شك أنه لو قال لها: لا مصلحة لك فيهما ونحوها لقنعت بذلك ورضيت؛ ولأن مع الاحتمال يبقى في قلب المستشير شيء، وربما ظن خطأ المشير أو عدم نصحه، **الثاني**: عبارة الشيخين يجوز كذا، وينبغي أن يجب ذكرها عند الحاجة، كما يجب إعلام المشتري بالعيب وأولى؛ بل أوجبوا عليه إعلامه بعيب السلعة وإن لم يستشره فيها، وكأنهم أرادوا هنا بيان أن هذا ليس من الغيبة المحرمة، وإذا ارتفع التحريم بقي وجوب النصيحة معلوم من القاعدة، وما يتوهم من الفرق بين البابين خيال؛ بل النصيحة هنا آكد وأوجب، ثم رأيت بعد هذا صاحب «الترغيب» - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - قال بخطه: ويجب ذكر معايب الخاطب ليحذر، وقضية كلامه أنه يجب على من علمها ذكرها نَصِيحَةً كما في البيع، وهو ظاهر إذا علم أنه لا يتهم، ورأيت في «فتاوى» الْقَفَّال في كلامه على غيبة الفاسق أنه إذا أراد إنسان مشاركته أو مناكحته فسأل عنه أن على المسؤول أن يبين لأنه استنصح فمن حقه أن ينصح، وممن صرح بوجوب ذكرها نصيحة ابن عبد السلام في «قواعده» وابن الصلاح في «فتاويه» واقتضى كلامه وجوب ذلك ابتداءً من غير استشارة، ولا خفاء أن حكم الاستشارة في المخطوبة كذلك.

ورأيت في «صحيح الحاكم»: «**أَنَّ أَخًا لِبِلَالٍ خَطَبَ امْرَأَةً فَقَالُوا: إنْ يَحْضُرْ بِلَالٌ زَوَّجْنَاك، فَحَضَرَ، فَقَالَ: أَنَا بِلَالٌ وَهَذَا أَخِي، وَهُوَ امْرُؤٌ سَيِّئُ الْخُلُقِ وَالدِّينِ**» الحديث صححه الحاكم (٣/ ٣٢٠) وأقره شيخنا الذهبي في «تلخيصه».

فائدة: لو استشير في أمر نفسه، فهل يذكر بعض مساوئها جوازًا أو وجوبًا؟ لم أرَ فيه شيئًا، والوجوب مطلقًا لعبد، بل عليه النصح احتمالًا بأن يقول: فيَّ ما لا يلائمكم، ويجوز ذلك، ويقيد جواز مالا يباح له التحدث به من فاحشة ونحوها، ولا حرج في قوله: عندي شح، أو خلقي شديد، ونحوهما، فلو كان عنينًا أو أشل الذكر ينبغي له أن يبين حاله وجوبًا إذا لم يكف القول إجمالًا، كما لو كان به برص ونحوه من العيوب.

وَيُسْتَحَبُّ تَقْدِيمُ خُطْبَةٍ قَبْلَ الْخِطْبَةِ وَقَبْلَ الْعَقْدِ، وَلَوْ خَطَبَ الْوَلِيُّ فَقَالَ الزَّوْجُ: الْحَمْدُ لِلَّهِ وَالصَّلَاةُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبِلْتُ صَحَّ النِّكَاحُ عَلَى الصَّحِيحِ، بَلْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ**) أي: للخاطب أو نائبه.

(**تَقْدِيمُ خُطْبَةٍ**) أي: بضم الخاء.

و(**قَبْلَ الْخِطْبَةِ**) أي: بكسرها، ويستحب أن يخطب الولي ثم يجيب أيضًا فيقول الخاطب: الحمد لله، والصلاة على رسول الله ﷺ.

قال الرَّافِعِي: ويوصي بتقوى الله، ثم يقول: جئتكم خاطبًا كريمتكم، ثم يخطب الولي، ثم يجيب.

قال: (**وَقَبْلَ الْعَقْدِ**) أي: وأخرى قبل العقد، قال الرَّافِعِي: لحديث: «**كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ...**»[1] الحديث، وقال غيره: لحديث ابن مسعود رضي الله عنه المشهور الذكر هنا حسنه الترمذي، ومتى وجبت الخطبة حصل الاستحباب، وإن كان من أجنبي.

قال: (**وَلَوْ خَطَبَ الْوَلِيُّ**) أي: ثم أوجب.

(**فَقَالَ الزَّوْجُ: الْحَمْدُ لِله وَالصَّلَاةُ عَلَى رَسُولِ الله ﷺ قَبِلْتُ؛ صَحَّ النِّكَاحُ عَلَى الصَّحِيحِ**) لأنها من مصالح العقد، ولا يدل على إعراض؛ بل التشاغل تشاغل بمقدمات العقد هنا ما نقله الرَّافِعِي عن معظم العراقيين وغيرهم، والثاني: لا يصح؛ لأنه يحلل بينهما ما ليس من العقد، وصححه الْمَاوَرْدِيُّ، وقال: إنه الظاهر من قول أصحابنا كلهم، ونسب الأول إلى ترجيح الشيخ أبي حامد، وحكاه فيه.

قال: (**بَلْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ**) نقله الرَّافِعِي في «الشرحين» عن العراقيين وقالوا للنكاح خطبتان مسنونتان واحدة تتقدم على العقد، وأخرى تتخلله [هكذا] نقل الْمَاوَرْدِي.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦١٠، رقم ١٨٩٤)، والبيهقي (٣/ ٢٠٨، رقم ٥٥٥٩)، والدارقطني (١/ ٢٢٩).

قُلْتُ: الصَّحِيحُ لَا يُسْتَحَبُّ، وَالله أَعْلَمُ، فَإِنْ طَالَ الذِّكْرُ الْفَاصِلُ لَمْ يَصِحَّ.

قال: (**قُلْتُ: الصَّحِيحُ لَا يُسْتَحَبُّ، وَٱللهُ أَعْلَمُ**) هو كما قال إن لم يثبت فيه شيء، والخروج من الخلاف في الإبطال أولى من الاستحباب ما لم يرد، به توقيف، وإن كان ما قاله مخالف لكلام «الشرح» و«الروضة» فإن حاصل عبارتهما وجهان: أحدهما: البطلان، والثاني ونسباه إلى الجمهور: استحباب ذلك فالقول: بأنه لا يستحب، ولا يبطل خارج عن كلامهما، ولم أر من قال: لا يستحب ولا يبطل فضلًا عن ضعف الخلاف، وإنما جعله المعظم كما نقلاه نسبة، ومتى قيل: لا يستحب اتجه البطلان، كما رواه الْمَاوَرْدِيُّ عن الأصحاب؛ لأنه غير مشروع كالكلام الأجنبي، وقد يقال: بأنه غير دالٍّ عن الإعراض بخلاف الكلام الأجنبي، وفيه نظر، فإنه لو قال: متى الدخول أو الزفاف، ونحوهما، فالظاهر: أنه يضر، وإن دل على الرغبة لا الإعراض، وقوله: قبلت، صح يفهم الاكتفاء بها، وليس كذلك، والقصد هنا بيان أن تحلل الخطبة بين لفظيهما لا يضر؛ لإثبات اللفظ الذي ينعقد به النكاح فكذلك يسمح في حكمه بالصحة بقوله: قبلت.

قال: (**فَإِنْ طَالَ الذِّكْرُ الْفَاصِلُ**) أي: بين الإيجاب والقبول.

(**لَمْ يَصِحَّ**) أي: العقد بلا خلاف، قال الرَّافِعِي: قال الأئمة: موضع الوجهين ما إذا لم يطل الذكر بينهما؛ فإن طال قطعنا ببطلان العقد، ويجوز أن يقال: إذا كان الذكر من مقدمة القبول وجب ألا تضر إطالته؛ لأنها لا تشعر بالإعراض.

قلت: وعلى هذا البحث ينطبق قول صاحب «الكافي» بعد ذكره: إنه تسن خطبتان، والأولى: أن يأتي برواية ابن مسعود رضي الله عنه: «الحمد لله نحمده ونستعينه» فذكرها بطولها، وضم إليها الآيات المشهور [قراءتها] قبيل العقد [ثم قال: وتحلل هذه الكلمة بين الإيجاب والقبول هل يمنع العقد؟] وجهان، فافهم جريان الوجهين في حالة الإطالة، وإن صح حصل ثلاثة أوجه.

تنبيهات: **أحدها**: لا يتقيد عدم الإبطال بالخطبة بما ذكره المصنف فقط من قوله: «الحمد لله والصلاة على رسول الله ﷺ»؛ بل لا يضر ضم الوصية

فَصْلٌ إِنَّمَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بِإِيجَابٍ، وَهُوَ زَوَّجْتُكَ أَوْ أَنْكَحْتُك، وَقَبُولٌ: بِأَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُ أَوْ نَكَحْتُ أَوْ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا أَوْ تَزْوِيجَهَا، ....

بالتقوى إليه صرَّح به الْبَغَوِي والقائلون بالاستحباب، ويشبه أنهم يغتفر بعد قوله: رسول الله ﷺ، ولا يكون ذلك إطالة عندهم.

ثانيها: حكي عن الْقَفَّالِ أنه ضبط الطول المانع من صحة العقد بأن يكون قدرًا لو كانا ساكنين فيه يخرج الجواب عن كونه جوابًا، يعني أنه يرجع فيه إلى العرف، وقيل: وكلام غيره يخالفه.

ثالثها: لو تخلل كلام يسير لا يتعلق بالعقد، ولا يستحب فيه أبطل على الأصح في أصل «الروضة»، وذكر في كتاب الخلع ما قد يخالف هذا، وسنذكره ـ إن شاء الله تعالى ـ، ويشبه أنه لو عطس فحمد أو شمت عاطسًا بينهما لم يضر؛ لعدم إشعاره بالإعراض، وهل رد السلام كذلك فيه احتمال، وقد يفرق بين رد الموجب، وتشميته، وبين رد القائل؛ لأنه اشتغل بغير القبول.

قال: (**فَصْلٌ: إِنَّمَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بِإِيجَابٍ وَهُوَ: زَوَّجْتُكَ أَوْ أَنْكَحْتُك، وَقَبُولٌ: بِأَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ: تَزَوَّجْتُ، أَوْ نَكَحْتُ، أَوْ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا أَوْ تَزْوِيجَهَا**) أي: ونحوها مما ينصرف منه لفظتي: التزويج والإنكاح، دون غيرهما؛ لما سيأتي، وأما اعتبار أصل الإيجاب، والقبول فبالاتفاق كسائر العقود، وهو أولى.

إشارة: وقد يفهم كلامه اشتراط التخاطب؛ لكنهما قالا: اللفظ «للروضة»: لو قال المتوسط للولي: زوجته بنتك؟ فقال: زوجت، ثم أقبل على الزوج، فقال: قبلت نكاحها؟ فقال: قبلت، صح على الأصح لوجود الإيجاب والقبول مرتبطين، ومنعه الْقَفَّالُ؛ لعدم التخاطب، انتهى.

وقال ابن الْقَطَّان في «فروعه»: لا يجوز قولًا واحدًا، ويجب أن يحصل اللفظين من الزوج والولي أو ممن يقوم مقامهما من الوكلاء، انتهى.

وعبارة الْبَغَوِي والرَّافِعِي: فقال: قبلت بغيرها، وفي نسخ الرَّافِعِي: قبلت نكاحها، وهو مراده، والْبَغَوِي بقبلت، وأما قول «الروضة»: قبلته فيوهم أن الهاء تقوم مقام قوله: نكاحها، وليس بجيد، وعبارة «الكافي»: فقال: زوجت

وَيَصِحُّ تَقَدُّمُ لَفْظِ الزَّوْجِ عَلَى الْوَلِيِّ، ....

ابنتك من فلان؟ فقال: زوجتها منه؟ ثم قال للمخاطب: وأنت تزوجتها؟ فقال: تزوجتها منه، يصح على الأصح، انتهى.

واعلم أن الموجود في «فتاوى» الْقَفَّال ما حكمنا بأنه الأصح هنا، وفي البيع، وعن القاضي أبي عاصم العامري الحنفي أنه قال: الأقرب إنه لا يجوز، نعم نسب الإمام المنع في البيع إلى الأصحاب، وبه جزم كثيرون. وقال القاضي الحسين في كتاب الوكالة إنه المذهب، والظاهر أن مَنْ منع هناك منع هنا من باب الأولى [تقدم أو تأخر].

تنبيه مهم: [اعلم أن ظاهر كلام المصنف يقتضي أنه يكفي في القبول قول الزوج: تزوجت أو نكحت من غير زيادة، وفيه نظر؛ لأن اللفظة مترددة بين الإخبار والقبول، وقد قال البغوي في «تعليقه»: لو قيل للولي: زوجتها من فلان فقال: زوجتها من فلان، وقيل للخاطب: تزوجت؟ فقال: نعم تزوجت، قال أصحابنا: لا يصح؛ لأنه إخبار لا عقد، وأيضًا فقد قالوا في الرجعة: إنه لا بُدَّ من وصل لفظه بما يدل على المرأة من اسم أو ضميرٍ أو إشارةٍ فلو اقتصر على قوله: راجعت كان لغوًا، ولم يفرقوا بين كونه قال ذلك جوابًا لمن التمس منه الرجعة أم لا، وما نحن فيه أولى بالمنع فيما يظهر؛ فتأمله] .

قال: (**وَيَصِحُّ تَقَدُّمُ لَفْظِ الزَّوْجِ عَلَى الْوَلِيِّ**) أي: لحصول المقصود تقدم أو تأخر، كما لو قال: تزوجتها أو نكحتها، فقال الولي: زوجتك أو أنكحتك، قال في «الأم»: لو قال: جئتك خاطبًا لفلانة فزوجنيها، فقال: زوجتكها، ثبت النكاح، ولم يحتج إلى القبول.

قلت: ويخرج من لفظ المصنف أنه لو قال الزوج أولًا: قبلت نكاح ابنتك، فقال: زوجتك، أنه يصح كما لو قال ابتداءً: تزوجت ابنتك أو نكحتها، وفيه نظر، ولم تتضمن عبارة «الشرحين» و«الروضة» ما تضمنته عبارة الكتاب كما ذكرته في «الغنية» نعم ذكر فيما بعد تبعًا للبغوي أنه لو قال وكيل الزوج أولًا: قبلت نكاح فلانة منك لفلان، فقال وكيل الولي: زوجتها فلانًا، جاز وليس بمتفق عليه.

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ أَوْ الْإِنْكَاحِ. وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ فِي الْأَصَحِّ، ....

وصرح في «الكافي» بأنه لو قال الزوج: قبلت نكاحها، ثم قال الولي: أنكحتك منك، يصح، ورأيت من جزم هنا بالمنع، وسبق في البيع ما في ذلك من النزاع، والخبط، فحصل خلاف فيهما إلا أن يتضح فرق بين البابين.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ أَوْ الْإِنْكَاحِ**) أي: دون لفظ الهبة والتمليك ونحوهما؛ لأن النكاح نوع من العبادات، والأحكام في العبادات تتلقى من الشرع والقرآن ورد بهذين اللفظين فقط، فوجب الوقوف معها تقيدًا واحتياطًا.

إشارات: أفهم كلامه أنه لا ينعقد بالمكاتبة، وهو المشهور، وقيل: ينعقد بها مع الغيبة، ونقله الجوري وغيره عن النص، وقيل: ومع الحضور أيضًا هذا في الناطق. وأما الأخرس، فقال في «شرح المهذب»: إنه ينعقد النكاح منه بالكتابة بلا خلاف، وفيه نظر؛ لأن كتابته كتابة في الطلاق على الصحيح عنده، وقيل: صريح فكيف ينعقد نكاحه بها بلا خلاف، والعقود أغلظ من الحلول، وفي كتاب «الحاوي» تفصيل بين الأخرس الخلقي والطارئ يأتي بيانه - إن شاء الله تعالى- وافهم أيضًا أنه لا ينعقد بالإشارة، وهو كذلك في غير الأخرس، وأما الأخرس المفهم فنقل الاتفاق أنه لا ينعقد نكاحه بإشارته، وأنه لو خاطب غالبًا بالتزويج، ثم بلغه ذلك بكتاب وخبر، فقبل النكاح أنه يصح وفي «الروضة» أنه لا يصح على الصحيح، وفي «الشامل» لو قال: زوجت فلانة من فلان، فبلغه، وقبل: لم يصح.

قال: (**وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ اعتبارًا بالمعنى، ووجه المنع التعبد باللفظ كقراءة القرآن، وأصل الخلاف طريقان:

إحداهما: أنه لا ينعقد مع القدرة على العربية، ومع العجز وجهان.

والثانية: عكسها فحصل وجه أوجه.

ثالثها: انعقاده من العاجز دون القادر، وفي «البسيط».

وجه رابع: فارق بين من يمكنه التعلم، وإن عجز في الحال من غيره.

واعلم أنه لا بُدَّ أن يأتي بما يعده أهل ذلك اللسان صريحًا في لغتهم، وأن

لَا بِكِنَايَةٍ قَطْعًا، وَلَوْ قَالَ زَوَّجْتُكَ فَقَالَ قَبِلْتُ لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَى الْمَذْهَبِ.

يكون شاهدا العقد يعرفان ذلك، وأن يفهم كل واحد من المتخاطبين كلام الآخر؛ فإن لم يفهم وأخبره ثقة ففي الصحة وجهان.

قلت: الظاهر المنع، وفي اشتراط التوافق بين اللغتين وجهان، وفي «النهاية»: والأقرب عدم اشتراطه، والظاهر أنه لو تخاطب به عجميان بالعربية وهما لا يعرفانها، أو العربيان بالعجمية وهما لا يعرفانها أنه لا يصح، وهل يجيء هنا ما يذكر في الطلاق؟ فيه نظر، وقول المصنف: «بالعجمية» المراد بها سائر اللغات كما قاله في «المحرر»؛ لأن العجمية ضد العربية.

قال: (**لَا بِكِنَايَةٍ قَطْعًا**)؛ إذ لا يطلع الشهود على النية.

فروع: لا بدَّ من تعيين كل واحد من الزوجين، وإذا وجد أحد شقي العقد من أحد العاقدين، فلا بد من إضراره عليه، وبقاء أهليته إلى أن يتم الشق الآخر، وبقاء أهلية المرأة المعتبرة الإذن إلى أن يتم العقد، وقياسه بقاء بكارة المجبرة إلى تمامه، ولا بد من الموالاة بين الإيجاب والقبول على ما سبق في البيع، وروى الهروي عن العراقيين الاكتفاء بوجود القبول في مجلس الإيجاب، وردَّ عليه في «الروضة» وحكم بأن الصحيح اعتبار الضرر واعتقاد الفصل اليسير دون الطويل، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول، انتهى.

قال الْمُتَوَلِّي: ويشترط للصحة علم الزوج أنها تحل، فلو كان لرجل بنتان إحداهما محرمة على رجل برضاع أو مصاهرةٍ، فقال: زوجتك بنتي هذه، أو بنتي فلانة، ولم يعلم الزوج أنها الأخرى لم يصح؛ لأن الحل في النكاح لا يتأخر عن العقد، ولا يمكن القول بالحل مع التردد فيها، ولو قال: زوجتك التي تحل لك، لم يصح؛ لأنها مجهولة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ، فَقَالَ: قَبِلْتُ**) أي: مُقتصِرًا عليه، ولم يقبل نكاحها، أو تزويجها، أو هذا النِّكاح، أو التزويج ونحوها.

(**لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأنه لم يوجد منه تصريح بواحد من لفظ النكاح، والتزويج، والنكاح لا ينعقد بالكنايات، ووجه الصحة انصرافه إلى ما

وَلَوْ قَالَ: زَوِّجْنِي فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ أَوْ قَالَ الْوَلِيُّ: تَزَوَّجْهَا فَقَالَ: تَزَوَّجْتُ صَحَّ.

وجّه له، والحاصل طُرُق:

أصحها: فيه قولان عزاهما العمراني إلى الأكثرين، واقتصر عليهما جماعة، أظهرهما: عدم الانعقاد، وغلَط في «الشامل» مَنْ قال بخلافها، وهي قضية عبارة «المحرر».

والثانية: القطع بالفساد.

والثالثة: القطع بالصحة، وهي ما يفهمه كلام الكتاب، ولم أر مَنْ رجحها، ولو قال: قبلتها، قال الإمام ومن تبعه: فالخلاف مرتب، وأولى بالصحة.

قلت: والأصح، عدم الانعقاد أيضًا؛ لعدم اللفظ المعتبر، وكذا لو قال: قبلته، وكلام «الروضة» في مخاطبة المتوسط بينهما يقتضي الصِّحة، وليس بصواب.

فرع: لو قال: نعم، بدل قبلت، لم ينعقد قطعًا، وقال الصَّيمريُّ: هو كقبلت، ولو قال: زوجني، فقال: قد فعلتُ ذلك، أو نعم، فأقيس الطريقتين، كما قاله الرَّافِعِي: إنه على الخلاف، وقيل: لا يصح قطعًا، وبه أجاب الْمَاورْدِيُّ، وقد قيل عكسه [حكاه الدَّارميُّ في قوله: قد فعلت أو أجبتك، وقد طرد الدارمي الخلاف فيهما، وفي قوله قد ملَّكْتُكَ ما طلبت] والمذهب البطلان في الجميع إذا صحَّحنا بقوله له: قبلت فقط.

قال الْمَاورْدِيُّ: يكون قبولًا للنكاح والمهر معًا، بخلاف قوله: قبلت نكاحها، فإنه لا يثبت إلا مهر المثل؛ لأن القبول المطلق يرجع إلى جميع ما تقدم من النكاح والصداق، بخلاف: قبلت نكاحها، كذا جزم به هنا، وذكر في الخلع أنه أظهر الوجهين، وفرَّق بينه وبين البيع، بأن البيع لا ينعقد إلا بالثمن، ولو قال: الموجب: زوجت لك، أو إليك، صح، والخطأ في الصيغة؛ إذا لم تحل بالمعنى كالخطأ في الإعراب، قاله الْغَزَالِيُّ في «الفتاوى».

قال: (**وَلَوْ قَالَ: زَوِّجْنِي، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ، أَوْ قَالَ الْوَلِيُّ: تَزَوَّجْهَا، فَقَالَ: تَزَوَّجْتُ، صَحَّ**)؛ لوجود الاستدعاء الجازم، والإسعاف باللفظ المعتبر،

....

وقيل: على الخلاف المذكور في البيع، ذكره الرَّافِعِي نقلًا في الأُولى، وبحثًا في الثانية، فقال: وقد حكينا عن بعضهم المنع، ويمكن أن يقال بمثله هاهنا.

قلت: وعلى المنع هنا في الثانية، اقتصر الْمَاورْدِيُّ، وسليم الرازي في «المجرد»، و[الرُّويَانِي في «البحر»][١] وهو قضية قول مَنْ شرط التخاطب في مسألة «الوسيط»، وقد نقله الإمام، وغيره في البيع عن الأصحاب، وقال القاضي الحسين: إنه المذهب، والمنع هنا هو المختار، وقال الدارمي وغيره: هنا لا يصح قولًا واحدًا؛ بل لا بد أن يوجد اللفظ من الزوج والولي، وسبق أنه حكى الإجماع في قوله: اشترِ عني، والنكاح أولى بمزيد الاحتياط، وقول الولي: «تزوجها» يحتمل العرض والبذل، وقوله: «زوجت» يحتمل القبول، والإخبار بأنه قد تزوج، وحينئذٍ فكيف يمكن الشهادة عليه القبول مع هذا الاحتمال ولهذا عبارة فقال: تزوجها، وقد أطلقوا في الرجعة أنه لا بد من وصل اللفظ بما يدل على المرأة من اسم، أو ضمير، أو إشارةٍ، كقوله: راجعت هذه، أو فلانة، أو راجعتها، ولم يفرقوا بين كون ذلك جواز التماس الرجعة منه أو لا، والنكاح أحق بذلك، وسبق عن «تعليق» الْبَغَوي عن الأصحاب، ما هو صريح في عدم الصحة.

فرع: لو قال الخاطب للولي: قل: زوجتكها، ولم يقل: زوجنيها، فقال: زوجتك، قال الشيخ أبو محمد: لا بدَّ من القبول هنا، قال الإمام: وهو حسنٌ لطيفٌ.

إشارة: ظاهر عبارة المصنف تقتضي أنه لا ينعقد النكاح إلا بالإيجاب والقبول على الوجه الذي ذكره، فعلى هذا لو قال بعد إيجاب معتبرٍ: قبلت النكاح، أو التزويج، لم يصح، وقد حكى الرَّافِعِي في هذه الصورة تبعًا للإمام خلافًا مرتبًا على قوله: «قبلت» وأولى بالصحة، وهو غريب لم أره إلا في «النهاية» وفروعها، والوجه فيهما الجزم بالصحة، وقد نقل الشيخ أبو حامد،

(١) في نسخة: (الروياني في الحلية).

وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ، وَلَوْ بُشِّرَ بِوَلَدٍ فَقَالَ إِنْ كَانَ أُنْثَى فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، أَوْ قَالَ إِنْ كَانَتْ بِنْتِي طُلِّقَتْ وَاعْتَدَّتْ فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ ....

والمحاملي في «التجريد» الاتفاق عليه، وعليه جرى العراقيون، والْبَغَوي في «تعليقه»، ونقله الشيخ أبو حامد عن «الأم» فقال: لو قال الولي: زوجتك، فقال الزوج: قبلت، لم ينعقد النكاح؛ حتى يقول: قبلت النكاح أو التزويج، فهذا نص صريح في المسألة، ومثله قوله في «البويطي»: ومتى تزوَّج بغير اسم التزويج، أو النكاح، فلا يجوز إذا قال الولي: قد زوجتك، فقال: قد قبلت، أو قد رضيت، أو ما أشبه هذا، لم يكُن شيئًا حتى يقول: قد قبلت التزويج أو النكاح، انتهى.

فرع: لو قال: زوجتك فلانة فقال: رضيت نكاحها، وحكى الوزير ابن هبيرة الحنبلي في «إشرافه» إجماع الأئمة الأربعة على صحته، ولم أرَ هذا في شيء من كتب المذهب، نعم، صرح به بعضهم في البيع، فإن كان أخذ نصَّ البويطي المذكور قريبًا، ففيه نظر!

فرع: قال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: لو قال: زوجتك ابنتي على ألف درهم مؤجلةٍ إلى شهرٍ، فقبل منه قبل فراغه من آخر حرفٍ من هذا الكلام، لا ينعقدُ النكاح كالبيع.

قلت: ويحتمل أن يقال: إذا تمَّ الإيجاب، فقبل بعده، وقبل ذكره المهر أنه يصح، والفرق بين الصداق والثمن ظاهرٌ، وهذا الاحتمال ظاهر على طريقة العراقيين فيما يظهر، لا على طريقة المراوزة.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ**) كقوله: إذا غربت الشمس مثلًا فقد زوجتك؛ لأن البيع وسائر المعارضات لا تقبله، فالنكاح مع اختصاصه بمزيد الاحتياط أولى.

قال: (**وَلَوْ بُشِّرَ بِوَلَدٍ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ أُنْثَى فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، أَوْ قَالَ: إِنْ كَانَتْ بِنْتِي طَلُقَتْ وَاعْتَدَّتْ**) أي: ونحو ذلك كقوله لمن تحته أربع نسوة: إن كانت ماتت إحداهن فقد زوجتك ابنتي، أو إن كنت ورثت هذه الجارية.

(**فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا**) ثم بان الأمر كما قال: (**فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ**) أي: لفساد

....

الصيغة، هذا ما قطع به الجمهور، وقيل: وجهان، كمن باع مورثه ظانًا حياته فبان ميتًا، كذا قال في «الروضة» فصرَّح بطريقتين، وعبارة الرَّافِعِي: فقد تثبت هذه الصور على كذا إن قلنا: لا يصح العقد هناك مع أنه أطلق فهنا أولى، وإن قلنا: يصحُّ، ففي هذه الصور وجهان: أحدهما: يصح؛ لأنه صرَّح بمقتضى العقد، وأصحهما وهو الذي أورده الأكثرين: أنه لا يصح؛ لفساد الصيغة، انتهى.

قيل: قوله: إن قلنا: هناك، لا يصح إلى آخره، فيه نظر؛ لأن مأخذ البطلان [هناك] تلاعبه باعتقاده الحياة، وهنا ليس كذلك، فيمكن أن يقال: بالصحة هنا، وإن قيل: هناك بالبطلان.

إشارة: في تصوير صحة الإذن من المزوجة نظر، وكلام الْبَغَوي في «الفتاوى» و«الروضة» هنا يفهم صحته؛ ولكن المرجح في كتاب الوكالة خلافه، ولم أر في «المحرر» لفظه، واعتدت وحينئذٍ يصور في البكر والمجنونة.

فروع: قال: الْبَغَوي: لو بُشِّر ببنت، فقال: إنْ صدق المخبر [فقد زوجتكها] أنه [لا يصح] ولا يكون معلقًا؛ بل هو تحقيقٌ، وجملة الرَّافِعِي على ما إذا تيَّقن صدق المخبر، قال: وإلا فالصيغة تعليق.

قلت: وإذا كانت كذلك فالشهود لا يعلمون أنه قصد التحقيق إلا بخبره، فتبقى شهادةٌ بإقراره على إنشائه العقد، قال الْبَغَوي: وكذلك لو كان للرجل أربع نسوةٍ فأُخبر بموت إحداهن، فقال الرجل: إن صدق المخبر، فقد نكحت ابنتك، فقال: زوجتكها، يصح، وفيه ما سبق، قال الدارمي: لو قال: زوجني ما ولدت امرأتك، ولم يعلما وقت العقد، هل الولد جارية أم لا؟ لم يصح، وكذا لو علما، ولم تسمها أمها، انتهى.

وهذا عجبٌ، سبق أنه لا بد من تعيين الزوجة، فلو كانت له بنت واحدة، فقال: زوجتك ابنتي فلانة، وسماها [بغيره لم يصح][1]، وقيل: لا، واختاره الدارمي، فلو أشار إليها مع ذلك صح قطعًا، قالا: وقد يمنع هذه الصورة

(١) في نسخة: (اسمها).

....

العامل الآخر، والأصح فيها الصحة؛ حتى لو قال: زوجتك هذا الغلام، وأشار على ابنته صح، تعويلًا على الإشارة.

قلت: اقتضى كلامهما أن الصورة الأولى، فيما إذا غلط في اسمها، كذا صرحا به من بعد، وقال الفارقي: إذا قال: زوجتك هذه فاطمة، صح، سواء قصد ذلك أم غلط؛ لأن الإشارة ترفع حكم التسمية، انتهى.

ويشبه أن قوله: بنتي، إشارةٌ، قالا: ولو قال: بنتي الكبرى، وسماها باسم الصغرى، صحّ النكاح على الكبرى على الوصف، ويجيء على قياس المذكور في الواحدة أنه يبطل.

قلت: أبداه الدارمي من عنده، واختاره في الصورتين.

فرع: قال في «الروضة»: ولو قال- وله بنت واحدة اسمها فاطمة: زوجتك فاطمة، ولم يقل: بنتي، لم يصح؛ لكثرة الفواطم؛ لكن لو نوياها، صح، كذا قطع به العراقيون والْبَغَوي، واعترض ابن الصباغ بأن الشهادة شرطٌ، والشهود لا يطلعون على النية، وهذا أقوى، ولفظ الرَّافِعِي: وهذا مبين، ولهذا الأصل منعنا النكاح بالكنايات.

اعلم أن ما نقلاه عن العراقيين رأيته في «مجرد سليم» أو «تقريبه» أيضًا، وهو قضية ما في «الحاوي» و«المهذب»، ومنه أخذ الْبَغَوي كعادته، ونسب ابن الصباغ الصحة إلى الشيخ أبي حامد، ثم اعترض بما سبق عنه، قال في «البيان»: ولم أجد في «تعليق أبي حامد»، إلا أنه لا يصح من غير تفصيل، قال بعض شيوخنا: وكذا رأيته في «التعليق» و«التجريد»، وعلله الشيخ أبو حامد بأن هذا الاسم يقع على ابنته، وعلى غيرها، فلا تصير بذلك متميزة عن غيرها.

قال في «الروضة»: ولو كان له بنتان فأكثر اشْترطَ تمييزًا لمنكوحة باسم، أو صفةٍ، أو هذه، أو الكبرى، قال المكتفون بالنية: لو نوى واحدةً بعينهاً، وإن لم يجر لفظٌ مميزٌ، انتهى.

وعبارة «الكافي»: لم يصح؛ حتى يميز بينهما بإشارة، أو تسمية، أو

....

صفة، أو مكان، أو تواضعا قبل العقد على واحدة منهما، ونوياها حالة العقد، والشهود كانوا عالمين بها، انتهى.

فإن كان ما ذكره من التصوير منقولًا، خفي الإشكال، وأحسبه أنه من تنزيله لكلامهم على ذلك، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد في قوله: في مسألتنا، زوجتك بنتي، إطلاق القول بأنه لا يصح.

قال: لأنه لم يميز المعقود عليها من الأخرى، فربما قال الولي: زوجتك الكبيرة، وقال الزوج: بل تزوجت الصغيرة، أو بالعكس، فيقع بينهما اختلاف لا يمكن فصله؛ لوقوع الجهالة في عين المنكوحة، فأوجب ذلك بطلان العقد.

قال: ولو قال: زوجتك ابنتي عائشة، وهو ينوي الصغيرة، وكان اسمها فاطمة، والكبيرة عائشة، وقبل الزوج النكاح في الصغيرة، صح العقد عليها؛ لاتفاق بينهما، وإسقاط حكم الاسم، فأما إذا قال: زوجتك ابنتي عائشة، وهو يريد الصغيرة، فقبل الزوج النكاح، وهو يريد الكبيرة فالنكاح في الظاهر قد انعقد على الكبيرة؛ لأنه أوجب نكاحها، وقبله، وفي الباطن هو مفسوخ، انتهى.

والعلة التي ذكرها فيما إذا قال: زوجتك بنتي، وله بنتان من وقوع النزاع على وجه لا يمكن فصله، يقتضي ألا يصح، إن قصدا معينة، وكذا إذا أشار إليها فيما إذا قال: زوجتك فلانة، وسمى ابنته، وهذا يخالف ما نقله ابن الصباغ عنه، وكأنه أخذه مما ذكره في المسألة الثانية، فإنه إذا قال: زوجتك ابنتي، وأراد الصغيرة، وسماها باسم الكبيرة فقبل الزوج، وأراد الصغيرة، وحكمنا بالصحة، وألغينا الاسم هنا، صار كأنه قال: زوجتك بنتي فقط، وأراد واحدة، وقبل الزوج، وأراد ما أوجب الولي، فهو أولى؛ لوجود الصارف هنا، وهو التلفظ بغير المنوية.

وقد حكم أبو حامد فيها الصحة، فكذا ينبغي فيما إذا كان له بنتان، وقصد معينة، وكذا في قوله: زوجتك فاطمة، وفرق بعض السلف بينهما بأن العقد في الصورة الثانية وقع معينًا في اللفظ فيمكن إثباته لو وقع نزاع شاهدي العقد مما

....

تلفظا به، بخلاف المسألة الأولى، فإن المعقود عليه منهم لا يمكن إثباته عند النزاع، وصفته محتملة؛ لوجود إيهام فيها، وبما ذكرناه يخرج الجواب عن إشكال ابن الصباغ للمسائل، ففرق بين الكناية عن العقد، والكناية عن المعقود عليه إذا كانت صيغة العقد غير مخلة، انتهى.

وفي أصل «الروضة»: ولو قال: بنتي الكبرى، وسماها باسم الصغرى، صح النكاح على الكبرى على الوصف، وإذا لم يتعرض للكبرى ولا للصغرى؛ بل قال: زوجتك بنتي فلانة، وذكر اسم الكبيرة، وقصد تزويج الصغرى أو بالعكس، وقصد الزوج التي قصدها الولي، صح النكاح على التي قصداها، ولغت التسمية، وفي الاعتماد على النية في الإشكال السابق، ولو قال الزوج: قصدنا الكبيرة، فالنكاح في الظاهر منعقدٌ على الكبيرة، فإن صدق الولي في أنه قصد الصغيرة، لم يصح لأنه قبل غير ما أوجب، هكذا ذكره العراقيون والْبَغَوي، والمعتبرون النية.

قال الرَّافِعِي: وهذا يخالف مسألة منقولة، وهي أن زيدًا خطب إلى قوم، وعمرو إلى آخرين، [ثم جاء زيد إلى آخرين، وعمرو إلى الأولين، وزوج كل فريق مَنْ جاءه].

قال ابن الْقَطَّان: وقعت في أيام ابن السائب ببغداد، فأفتى الفقهاء بصحة النكاحين، ومعلوم أن كل واحدٍ أوجب لغيره من قبل، قال في «الروضة»: قلت: ليست هذه المسألة مثلها، والفرق أظهر من أن يذكر.

قلت: بل فيه وقفة ظاهرة عند تحقق التصوير، وقد قال: الشَّافِعِي في «البويطي»: وإن خطب رجل امرأةً، فقال: أنا فلان بن فلان الفلاني، وانتسب إلى قوم ليس منهم، فأُنكح على ذلك، فالنكاح ينفسخ؛ لأن النكاح وقع على رجل من ذلك النسب وليس منهم، وهذا الرجل خطب امرأةً وتزوجها على أنه محمد بن عبد الله القرشي، فإذا هو محمد بن عبد الله التميمي، أو إذا هو خالد بن زيد العبسي؛ لأن النكاح وقع على التسمية التي وقع عليها، فلما كانت عليه عدم فسخ النكاح؛ لأن المنسوب إليه هذه التسمية لم ينكح قط،

وَلَا تَوْقِيتُهُ، ....

وليس هذا بمنزلة العبد يعرض نفسه؛ لأن العبد قد نكح بعينه، ولم ينسب إلى غيره، قال البويطي، وأبو محمد - يعني: الربيع-: وإذا نكحت هذا الشخص بعينه، وإن قلب اسمه جاز النكاح، انتهى. فتأمل هذا النص مع ما سبق.

فرع: سبق أنه لا بدَّ من تعيين الزوجة، قال الْمُتولِّي: وطريق العلم، إما بالنسب، والاسم، والمعاينة، فلو قال: زوجتك هذه، وهي منتقبة أو وراء ستر، والزوج لا يعرفها بوجهها، ولا ذُكر اسمها، ونسبها، لم يصح؛ لأنها مجهولة، وعلامته أنه لو رآها مع غيرها، لم يمكنه التمييز [بينها وبين غيرها] وأيضًا، فإنه لا يصح، تحمل الشهادة عليها إلا بعد أن يعرفها بالاسم والنسب أو بالمشاهدة، فدلَّ على أن العلم لا يحصل [إلا] بأحد هذين الطريقين، ولو لم تكن منتقبة، فقال الولي: زوجتك هذه، يصح، وإن قال: ابنتي هذه، أو فلانة بنت فلان، كان تأكيدًا.

وفي «فتاوى الْبَغَوي» ما يقرب مما ذكره، وهو أنه لو جاء اثنان إلى القاضي أو ما دونه فقالا: إن فلانة بنت فلان أذنت لك في تزويجها من فلان بن فلان، والقاضي أو ما دونه لا يعرفها، ويعرفها الخاطب والشهود، فزوج، صح بعد ذكر نسبها، قال: ولو جاء فقيه إلى القاضي، وقال: ائذن في تزويج امرأة في محلتي، والقاضي لا يعرفها، فإن ذكر الفقيه اسمها ونسبها، فأذن له جاز، وإن لم يذكر فلا.

واعلم أن الأصحاب أطلقوا أنه إذا أشار إلى حاضرة، وقال: زوجتك هذه، أنه يصح، وقد قيد الْمُتَولِّي ذلك بما إذا كانت مسافرة، وكلام كثيرين يشعر بأن ما ذكروه مفروض فيما إذا كان المزوج الأب، أو نحوه، وممن يعلم نسبه منها فتصير معلومة النسب عند الزوج فلا يكون مخالفًا لكلام الْمُتولِّي، ولنتأمل ما ذكره من البطلان، هل محله إذا لم يعرفها الشهود بعينها، أما لو عرفوها بعينها صح أم لا فرق؟ ومتى لم تتميز للعاقد لا يصح، وإن عرفها الشهود؛ إذ الاعتبار في العقود بمعرفة المتعاقدين.

قال: **(وَلَا تَوْقِيتُهُ)** أي: بمدة معلومة، أو مجهولة؛ لأنه المتعة المنهي

وَلَا نِكَاحُ الشِّغَارِ وَهُوَ زَوَّجْتُكَهَا عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي بِنْتَكَ وَبُضْعُ كُلٍّ وَاحِدَةٍ صَدَاقُ الْأُخْرَى فَيَقْبَلُ، فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ الْبُضْعَ صَدَاقًا فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ، ....

عنها في الصحيحين، وغيرهما، وكانت جائزة في أول الإسلام، ثم منعت واستقر تحريمها.

قال: (**وَلَا نِكَاحُ الشِّغَارِ**)؛ للنهي عنه في الصحيحين وغيرهما، ورواه الشَّافِعِي عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن الشغار[١]

والشغار: أن يزوج الرجل ابنته، على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق، ويروى: «**وبضع كل واحد مهر الأخرى**»[٢] قال أصحابنا: وهذا التفسير إما مرفوع فيكون نصًا، أو من الصحابي، فيجب الحمل عليه؛ لأنه أعرف بمخرج الخطاب، ومشاهد الحال، وقد جعله أبو داود من كلام نافع قال في «المنتقى»: وهو كذلك في رواية أنه متفق عليه.

قال: (**وَهُوَ زَوَّجْتُكَهَا عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي بِنْتَكَ وَبُضْعُ كُلٍّ وَاحِدَةٍ صَدَاقُ الْأُخْرَى فَيَقْبَلُ**)، وهذه الصورة متفقٌ على البطلان فيها، للحديث.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ الْبُضْعَ صَدَاقًا**) أي: بأن قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك.

(**فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ**)؛ لعدم التشريك في البضع فيصحان، ولكل واحدة مهر مثلها، والثاني: المنع؛ للتعليق والتوقف، وهذا هو المنصوص في «الأم».

قال الشَّافِعِي: فإذا نكح الرجل ابنة الرجل، أو المرأة يلي أمرها مَنْ كانت على أن ينكحه ابنته، أو المرأة يلي أمرها على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى، وعلى أن تنكحه الأخرى، ولم يسم لواحدة منهما صداقًا، فهذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ، فلا يحل النكاح، وهو مفسوخ، ويسوي

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٢٠)، ومسلم (٢٥٣٧).

(٢) قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤/ ٢٧٤): قَوْلُهُ: وَيُرْوَى: «وَبُضْعُ كُلٍّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرُ الْأُخْرَى»، لَمْ أَجِدْ هَذَا فِي الْحَدِيثِ، وَإِنَّمَا هُوَ تَفْسِيرُ ابْنِ جُرَيْجٍ كَمَا بَيَّنَ ذَلِكَ الْبَيْهَقِيّ.

وَلَوْ سَمَّيَا مَالًا مَعَ جَعْلِ الْبُضْعِ صَدَاقًا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ، ....

بين الصورتين، وحكم بأنه الشغار المنهي عنه، ولم أر في نصوصه ما يخالفه وقد جمعها البيهقي ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى ـ في «مبسوطه»، وكان وجه الفساد عنده أن المفهوم منه جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى، وعليه ينطبق تفسير ابن عمر السابق، والمذهب البطلان.

قال: (وَلَوْ سَمَّيَا مَالًا مَعَ جَعْلِ الْبُضْعِ صَدَاقًا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ)؛ لبقاء معنى التشريك، والتوقيف، ويحكى عن نص «الإملاء» والثاني: يصح، وهو قضية نصوص الشَّافِعِي في «الأم» و«الإملاء»، وظاهر نص «المختصر» أنه متى جرى ذكر المال فليس بشغار، وقال: في «البويطي»: إذا كان الرجلان وليين، فزوَّج أحدهما الآخر وليته على أن يزوجه الآخر وليته على أن صداق كل واحدة بضع الأخرى، فهذا الشغار، فإن سميًّا الواحدة منهما صداقًا، ولم يسم للأخرى فالنكاح ثابت، ولها مهر مثلها إن وطئها، انتهى.

وهنا صورتان: الأولى: أن يسمِّيا المال من غير تصريح، بأن تضع كل واحدة صداقًا للأخرى، فنصوصه منطبقة على صحة النكاح.

والثانية: أن يسمِّيا مهرًا مع التصريح بجعل بضع كل واحدة صداق الأخرى، فهذه لم أرَها نصًا صريحًا له؛ لكن ظاهر نصوصه أنه لا فرق، وإن مع تسمية المال يخرج عن كونه شغارًا، ولولا خشية الإطالة كشفت نصوصه في ذلك، ومذهبه فيها الصحة، وسأوضحها أتمَّ إيضاح -إن شاء الله تعالى- [في حواشي «الروضة»] إن فسح الله في الأجل، وإلا فاطلبها من «مبسوط» البيهقي في منصوصاته.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ)**؛ لحديث عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أنه ﷺ قال: **«لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن يتشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»**[1] رواه ابن حبان في

---

(١) أخرجه ابن حبان (٩/ ٣٨٦، رقم ٤٠٧٥).

وَشَرْطُهُمَا حُرِّيَّةٌ، وَذُكُورَةٌ وَعَدَالَةٌ وَسَمْعٌ ....

«صحيحه» وقال: لا يصح ذكر الشاهدين إلا فيه، وهذا منه يرد قول ابن المنذر، ولا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر، والمعنى في ذلك الاحتياط للإبضاع، وصيانة الأنكحة عن الجحود.

قال: (وَشَرْطُهُمَا حُرِّيَّةٌ) أي: لا ينعقد بحضور عبدين أو عبد وحر؛ لأن العبد ليس من أهل الشهادة، كما سيأتي بيانه -إن شاء الله تعالى- فلا يثبت لو فرض جحوده.

قال: (وَذُكُورَةٌ) أي: لا ينعقد بحضور النساء، ولا برجل، وامرأتين؛ لأنه لا يثبت بقولهن. وروى أبو عبيد في كتاب «الأموال» عن الزهري مضت السُّنَّة من رسول الله ﷺ «**أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق**»[١].

فرع: قال الدارمي في باب «وجوب تحمل الشهادة»: إذا ادعى الشاهد أن ليس غيرهما وجبت، فإن كانوا رجلًا وامرأتين، فوجهان: أحدهما: يجب.

والثاني: لا [يجوز، والظاهر أن المراد بقوله: «لا يجوز» لا ينعقد النكاح، فلا تجب الإجابة، وعلى الأول ينعقد فتجب الإجابة، وهو غريب][٢].

قال: **(وَعَدَالَةٌ)** أي: فلا ينعقد بفاسقين للخبر؛ لأنه لا يثبت بهما، فلا ينعقد بحضورهما؛ خلافًا لأبي حنيفة، وحكاه الجيلي قولًا لنا، وهو غريب.

قال: **(وَسَمْعٌ)** أي: فلا ينعقد بحضور مَنْ لا يسمع؛ إذ المشهود عليه [قول][٣] فلا بدَّ من سماعه، وحكى الجيلي فيه وجهًا.

---

(١) قال الحافظ في «التلخيص» (٦ / ٥٤): رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ عُقَيْلٍ، عَنْ الزُّهْرِيِّ بِهَذَا، وَلَا يَصِحُّ عَنْ مَالِكٍ، وَرَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ فِي كِتَابِ الْخَرَاجِ عَنْ الْحَجَّاجِ، عَنْ الزُّهْرِيِّ بِهِ، وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ عَنْ حَفْصِ بْنِ غِيَاثٍ، عَنْ حَجَّاجٍ بِهِ.

(٢) في نسخة: (يجب. قلت: والأحسن من إطلاق الوجهين أن يقال: إن دعاهما حاكم يرى الاكتفاء بحضور رجل وامرأتين وجبت الإجابة وإلا فلا).

(٣) في نسخة: (لفظ).

وَبَصَرٌ، وَفِي الْأَعْمَى وَجْهٌ ....

(وَبَصَرٌ) لأن الأقوال لا تثبت إلا بالمعاينة، والسماع غالبًا، وقولي: «غالبًا» احترزت به عما سيأتي في الشهادات.

قال: (وَفِي الْأَعْمَى وَجْهٌ)؛ لأنه عَدْلٌ فاهم، ونسبه الرُّويَانِيّ إلى النص، قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: لعله الصحيح.

وقال: القاضي أبو علي الفارقي: إن الأعميين إن كانا يعرفان الزوجين انعقد بهما، وإلا فلا، وهو حسنٌ كما لو حضرا عقد أبويهما، أو ولديهما، ونحوهما، وهذا من تفقهه لا وجهٌ ثالث.

إشارات: كان ينبغي أن يقول: ونطقٌ؛ فإن الأخرس لا تُقبل شهادته على الأصح عند الأكثرين، وبنوا الخلاف هنا على ذلك، وأن يقول: ومعرفة لسان المتعاقدين، قال في «الشامل»: هو مذهب الشَّافِعِي، نعم لو كان يضبط اللفظ فوجهان، رجح القاضي الحسين الانعقاد، وفيه نظر، وأن يقول: ورشد، وضبط؛ إذ المحجور عليه بسفه لا يقبل، وكذا من لا يضبط لغفلةٍ، أو استأذن، وإن كان عَدْلًا قيل: أهمل المصنف ذكر التكليف، و[ذكر][(١)] «المحرر».

قلت: اكتفى عنه بقوله: وعدالة؛ إذ الصبي والمجنون لا يوصفان بالعدالة كما اكتفى به عن ذكر الإسلام، وكلامه يفهم انعقاده بحضور ذوي الحرف الدنية إذا اتصفوا بالعدالة، وفيهم خلاف، وإخبار المصنف الفرق بين مَنْ اعتادها، وكانت حرفة أبيه وغيره، وممن ذكرهم هنا صاحب «الترغيب»، وأشار إلى أن في انعقاده؛ بحضورهم الخلاف الآتي في انعقاده بعدوي الزوجين.

اقتضى اشتراطه الذكورة عدم انعقاده بحضور خنثيين، وإن بانا من بعد رجلين، وفيه احتمالان لأبي الفتوح، وصحح في «الروضة» منهما الصحة.

قلت: وتجب كذا التصوير في ظن الذكورة، أو الجهل بحالهما عند العقد، أما عند العلم فلا.

ثم رأيت أبا الحسن السلمي قال في كتاب «الخناثى»: إنه لا ينعقد

---

(١) في نسخة: (أهمله).

وَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهُ بِابْنَيِ الزَّوْجَيْنِ وَعَدُوَّيْهِمَا، ....

بحضورهما، فلو حضر، ولم يعلم حاله، ثم قال بعد ذلك: حضرت العقد وأنا رجل، وقد زال الإشكال قبل حضوري، قُبِلَ منه وحكم بصحة العقد، وهو مفهم أنه لو زال بعد حضوره أنَّا لا نحكم بالصحة، وقضيته ما في «البيان» عن أبي الفتوح ترجيح المنع؛ فإنه شبه ذلك بما لو صلَّى خلف خنثى، ثم تبين أنه رجل.

قال: (وَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهُ بِابْنَيِ الزَّوْجَيْنِ وَعَدُوَّيْهِمَا) أي: لثبوت النكاح بهما في الجملة، ونص عليه الشَّافِعِي في «الأم» في العدوين، والثاني: المنع؛ لتعذر إثباته بهما، واختاره الْغَزَالِيُّ والفارقي، والثالث: عقدنا بينهما، وعدويه صح؛ لا بابنيه وعدويهما، واختاره العراقيون، وبه جزم الْمَاورْدِيُّ وغيره، والرابع: إن كان عدوًا من طرق صحَّ، أو من الطريقين فلا، هذا حاصل طرق مدلسة في ذلك، والانعقاد بالعدو أولى منه بالولد؛ لإمكان زوال العدالة.

قال الصيمري في «شرح الكفاية»: لو حضر أبو الزوج وابنه، وأبو الزوجة وابنها أو أبوها وابنه، والصحيح جوازه، وفيه وجه: أنه لا يجوز بحال؛ لأن شهادة الوالد والولد مردودة، وفيهما وجه ثالث: أنه إذا حضر أبو أحدهما وابن الآخر جاز، وأما مَنْ سبق واحد فلا، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: يجري الخلاف في جده وجدها، وابنه مع ابنها، وأما أبوها فولي عاقد لا يكون شاهدًا كالزوج، ولو دخل لم ينعقد بحضوره أيضًا؛ لأن الوكيل نائبه أيضًا، انتهى.

ويتصور أن يكون الأب شاهدًا؛ لاختلاف دينٍ أو رقٍّ، بأن تكون كافرةً أو رقيقةً وغير ذلك، وممن صرح بالخلاف في الأب غير الصيمري المحاملي في «اللباب» فقال: إن كانا ابني الرجل والمرأة وأبويهما فعلى وجهين في «الروضة»، قال أصحابنا: وينعقد بحضرة ابنيه مع ابنيها، وعدويه مع عدويها بلا خلاف، انتهى.

وحكى الْمُتَولِّي في الأولى وجهًا، ويظهر جريان الخلاف في انعقاده بحضور سيدي العبد إذا أذنا له.

وَيَنْعَقِدُ بِمَسْتُورِي الْعَدَالَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، لَا مَسْتُورِ الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ، ....

قال: (**وَيَنْعَقِدُ بِمَسْتُورِي الْعَدَالَةِ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المشهور المقطوع به في غالب كتب الأصحاب المحكي عن النص؛ لأن العدالة الباطنة تشق معرفتها على الآحاد، وقال: الإصطخري: لا بدَّ من معرفتها باطنًا باستناد إلى تزكية؛ ليمكن الإثبات بهما، وحكاه في «الشافي» قولًا، وقضية إطلاق المصنف أنه لا فرق بين عقد يتعاطاه الحاكم وغيره، وهو الأصح في «التتمة»، وقيل: تعتبر العدالة الباطنة في عقد يتعاطاه الحاكم؛ لسهولة الكشف عليه، وبه أجاب ابن الصلاح، وتبعه المصنف عليه في «نكته على التنبيه» [إن قلنا][(١)]: اشترطت فيهم العدالة الباطنة، وإلا فلا، وهو الأصح.

تنبيه: ما المراد بالمستور؟ أهو مَنْ عرف إسلامه وحريته فقط أم لا بدَّ أن يعرف ظاهره بالعدالة؟ قضية كلام الْمَاورْدِيِّ هنا، والرَّافِعِي، الأول، واختار المصنف الثاني، وقال: إنه الحق، انتهى. وفيه نظر من حيث النقل كما أشرت إليه في «الغنية». وعن القاضي الحسين أن المستور من عرفت عدالته مرة وخبر حاله، ومضى عليه مدة، ولا يعلم بقاؤه عليه أم لا فينعقد بهما؛ لأن الأصل بقاؤهما على العدالة، وأغرب الجيلي فحكى قولين في انعقاده بحضور فاسقين، وقال في «الترغيب»: وينعقد بمستوري الحال في العدالة، وكذا مستوري الفسق على الأصح، ثم قال: وأما مستوري الحال قيل: من لا يعرف حاله في الفسق والعدالة، وقيل: من عرف بالعدالة ثم غاب؛ فإذا عاد لا يعرف، هذا لفظه.

قال: (**لَا مَسْتُورِ الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ**) أي: بأن يكون في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار، والأحرار بالأرقاء، ولا غلبة لا ينعقد النكاح بشهادته؛ لأن الوقوف على ذلك سهل، بخلاف العدالة والفسق، وعن الشيخ أبي محمد أنه يكتفي في الحرية والإسلام بظاهر الدار، قال الشيخ أبو محمد: ولو لم يعلم أهما صبيان أم بالغان؟ لم ينعقد؛ لأن الأصل الصبي.

(١) في نسخة: (ويشبه أن يبنى هذا على الخلاف في تصرفات الحاكم، هل هي بمنزلة الحكم أو لا؟ إن قلنا: نعم).

وَلَوْ بَانَ فِسْقُ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْعَقْدِ فَبَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَإِنَّمَا يَبِينُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ اتِّفَاقِ الزَّوْجَيْنِ، ....

إشارة: قضية إطلاق المصنف أنه لا ينعقد بمستوري الإسلام والحرية والبلوغ، أنه لا فرق بين أن يبين بعد العقد أنه كان مسلمًا حرًا بالغًا حالة العقد أو لا، وفيه نظر، وهذا أولى بتبيين الانعقاد من ظهور ذكورة الخنثى لأن الخنوثة لا تخفى غالبًا بخلافهما.

قال: **(وَلَوْ بَانَ فِسْقُ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْعَقْدِ فَبَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ)** لفوات الشرط كما لو بان كافرًا أو عبدًا، وقيل: قولان: أصحهما: هذا، وثانيهما: الاكتفاء بالستر يومئذٍ، ويشبه أن يجيء طريق ذلك ثالث فارق بين أن يعقد الحاكم أو غيره.

قال: **(وَإِنَّمَا يَبِينُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ اتِّفَاقِ الزَّوْجَيْنِ)** أي: على أنهما كانا فاسقين ولم يعلما حينئذٍ، أو علما ونسيا، فأما لو قالا: علمنا فسقهما حينئذٍ، فباطلٌ قطعًا، ذكره الإمام قال في «البسيط»: ولو قالا: كنا نعلم فسقهما كما تبينا بهما حالة العقد احتمل تخريجه على الخلاف، واحتمل خلافه.

قلت: الظاهر إن علم الحاكم به إذا قلنا: يقضي بعلمه كقيام بينة به، ثم رأيت في «البيان» وغيره أنه لو جحد أحد الزوجين فجاء المدعي بشاهدي العقد؛ فإن علم الحاكم فسقهما حكم بفساده من غير ترافع، ويشبه أنه إذا علم عقده بفاسقين أن يفرِّق بينهما سواء ترافعا إليه في شيءٍ أم لا، فإن قيل: هذا النكاح يختلف في صحته، فلا يتعرض له ما لم يترافعا فيه كسائر الخلافيات.

قلت: يحتمل ذلك، ويحتمل أن يقال: يفرَّق بينهما؛ فإن لم يترافعا، وقد حكى في التفليس من «الشامل» عن النص أنه لو زوَّج القاضي صغيرةً، قال الشَّافِعِي: فقضيته إلا أن يحكم هو أو غيره بصحته، وإذا كان هذا في عقد تعاطاه الحاكم فما تعاطاه الآحاد بينهم أولى بالنقض، نعم يمكن أن يقال: إن عقداه بفاسقين معتقدين صحته بهما أو لا رأي بهما فيه حكم بفساده، وقد اختلف أصحابنا في البيوع الفاسدة، ونحوها إذا تعاطاها الناس فيما بينهم، فقال ابن أبي هريرة: لا يدعهم، ويفسخ عليهم، فقال أبو إسحاق: إن

....

تحاكموا إلينا فسخنا، وإلا جاز ذلك فيما بينهم، وبين الله تعالى، قال الديبلي: إلا أن يتعلق بفرج، انتهى.

ولا شك أن خلاف أبي إسحاق في المختلف فيه؛ ولكنَّا نرى فساده أما المجمع على فساده فيجب إنكاره، ورفعه، وإن لم يجز ترافع فيه، وقد أطلت الكلام في هذا في «الغنية» هنا، فراجعه.

تنبيهات: منها: ينبغي أن يكون تبين فسقهما قبل العقد بزمان لا يتأتى فيه الاستبراء المعتبر كما بينه في «الغنية» في الشهادات كتبيُّنه حالة العقد، وقد يحتمل ذلك اللفظ المصنف، وفيه نظر.

ومنها: قال في «الكافي»: محل تبين البطلان باعترافهما فيما يتعلق بحقهما، أما حق الله تعالى؛ فإن طلقها ثلاثًا، ثم توافقا على فساد العقد بهذا السبب أو بغيره، فلا يجوز أن يوقعا نكاحًا إلا بمحلل، قال: ولو أراد إقامة بينة على ذلك لم يسمع قولهما ولا بنيتهما.

قلت: ما ذكره أولًا قاله الْقَفَّالُ، وهو في الحكم الظاهر، وأما في الباطن فالنظر إلى ما في نفس الأمر، وأما عدم سماع البينة فهو جارٍ فيه على طريقة شيخه الْبَغَوي، وسبق التنبيه على ذلك في باب المرابحة وغيره.

ومنها: قضية الحكم بالبطلان باعترافهما أنه إن كان قبل الدخول فلا مهر، أو بعده وجب مهر المثل، وهذا حيث الشبهة قائمة كالنكاح في الإحرام، أما لو كانت في عدة، ثم وطئت مع علمها بالحكم كانت زانية ولا مهر لها.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: قبول قولهما مطرد في الزوج، وفي الزوجة الرشيدة؛ فلو كانت سفيهة ففائدة إقرارها إنما هو سقوط شطر المهر إذا كان قبل الدخول أو الرجوع إلى مهر المثل إن كان بعده، وإقرارها [في إبطال ما ثبت لها من المال لا يسمع][(١)] انتهى.

ذلك أن تقول: إذا كان بعد الدخول ومهر المثل دون المسمى فينبغي ألا

---

(١) في نسخة: (وإقرارها فيما ثبت لها من المال لا يسمع، انتهى).

وَلَا أَثَرَ لِقَوْلِ الشَّاهِدَيْنِ كُنَّا فَاسِقَيْنِ، وَلَوْ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ وَأَنْكَرَتْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَإِلَّا فَكُلُّهُ.

تبطل الزيادة بقولها، وينبغي ألا يبطل حق السيد من المهر لموافقة الأُمَّة على فسقهما.

ومنها: لو اعترفا بوقوعه في عدة أو إحرام أو ردة فكإقرارهما بفسق الشاهدين حالة العقد.

ومنها: الظاهر أن تبين فسق الولي بالبينة إذا جعلناه سالبًا [للولاية] أو باتفاق الزوجين كما سبق في تبين فسق الشاهدين، وهل علم الحاكم بفسقه كعلمه بفسق الشاهدين حتى يجيء فيه البحث السالف؟ فيه نظر، والأقرب المنع، لا سيما في هذا الزمان.

قال: (**وَلَا أَثَرَ لِقَوْلِ الشَّاهِدَيْنِ: كُنَّا فَاسِقَيْنِ**) ولأنهما مقران على غيرهما، كما لو قالا بعد الحكم بشهادتهما: كنا فاسقين، ولو قامت بينة خشية فسقهما حالة العقد سمعت، وفرِّق بينهما لحق الله تعالى.

إشارة: إن أراد بقوله: «ولا أثر» بالنسبة إلى التفريق بين الزوجين، فذاك، وإن أراد السلب الكلي، ففيه نظر؛ بل يظهر أثره في صور كثيرة كما لو حضرا عقد أختهما ونحوها، ثم قالا ذلك، ثم ماتت قبل الدخول أو بعده، وهما وارثاها إثر قولهما في سقوط المهر قبل الدخول وفي فساد المسمى بعده.

قال: (**وَلَوْ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ**) أي: بفسق الشاهدين.

(**وَأَنْكَرَتْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا**) أي: عملًا باعترافهما، وهي فرقة فسخ على الصحيح في «الروضة» لا تنقص به عدة الطلاق. وقال جماعة عن القفالين: هي [فرقة طلاق] وتكون طلقة بائنة، فلو نكحها بعد ذلك عادت بطلقتين، قال الرَّافِعِي: ولك أن تبني الوجهين على الخلاف في أن القول قول مدعي الصحة، أو الفساد، فإن قلنا: قول مدعي الصحة كانت طلاقًا.

قال: (**وَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَإِلَّا فَكُلُّهُ**) أي: وإن كان قد دخل بها فجميعه؛ لأن حكم اعترافه مقصور عليه جزمًا على القاعدة، وقيل:

وَيُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا، ....

يقبل قوله في المهر أيضًا فلا يلزمه أقل الأمرين من المسمى، ومهر المثل.

تنبيهٌ: إذا فرقنا بينهما باعترافه فقط، فهل لها أن تنكح في الحال؛ إذا كان قبل الدخول بعد مضي العدة، وإن كان بعد الدخول لم أرَ فيه نصًا، ويظهر أن يقال: إن قلنا: طلاق، فنعم، أو فسخ، فلا؛ مادامت مصرة على تكذيبه، وقد يقال: وإن قلنا: إنها فرقة طلاق، فمادامت مصرة على تكذيبه لا تزوج، وهذا في الحرة أما الأَمَة فلا عبرة بقولها.

فرع: قالت: عقدنا بفاسقين، وكذبها، فالأصح في «الروضة» قبول قوله، فإن مات لم ترثه، أو طلقها قبل الدخول فلا مهر، أو بعده فلها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل، وصحح الفارقي أن القول قولها، وينبغي للقاضي أن يفحص عن حقيقة الحال بحسب الإمكان؛ احتياطًا للإبضاع.

تنبيه: قضية إطلاق الشيخين وغيرهما أنه لا فرق في الحكم ببطلانه بتصادقهما على فسق الشاهدين، أو بإقرار الزوج بين أن يسبق منهما إقرار بعدالتهما عند العقد أم لا، حكم بصحة النكاح حاكم أم لا.

وقال الْمَاورْدِيُّ: إذا أقر عند الحاكم بعقده بولي مرشد وعدلين، حكم عليهما بصحته بإقرارهما؛ فلو تناكراه بعد أو ادعى أحدهما سفه الولي وفسق الشاهدين، ألزمه صحة النكاح سابق إقراره، ولم يؤثر فيه حدوث إنكاره؛ فلو أراد إقامة بينة بذلك لم يسمع؛ لأن إقراره على نفسه أولى من بينةٍ كذبها بإقراره، وقد أفهم كلامه أنه إذا أقر أولًا بصحته، ثم ادعى سفه الولي أو فسق الشاهدين أنه [لم] يلزم بصحة النكاح حتى يقر عليه لو أراده، ويلغوا اعترافه اللاحق؛ لأجل إقراره السابق. والظاهر أن مراده أنه يلزمه بما تضمنه إقراره السابق من حقوق الزوجية من مهر، ونفقة، وغيرها لا أنَّا نقرهما؛ بل يحكم عليه بما يضره باعترافه اللاحق لا بما ينفعه عملًا بإقراره السابق، والرَّافِعِي والمصنف لا يخالفان في ذلك.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا**) أي: احتياطًا

وَلَا يُشْتَرَطُ.

لإدامة النكاح، (**وَلَا يُشْتَرَطُ**)؛ لأنه ليس من نفس العقد، وإنما هو شرط.

قلت: وينبغي أن يستحب للأب أن يشهد على رضا البكر البالغ أيضًا؛ خروجًا من خلاف مَن يعتبر رضاها كالثيب للعقد من أن يرفعه مَنْ يعتبر إذنها من الحكام [فيبطله] إذا جحد به.

فروع: قال ابن عبد السلام: ليس للحاكم تزويج امرأة حتى يثبت عنده إذنها له فلو أخبره واحد فزوجها معتمدًا عليه لم يصح، وإن ثبت من بعد أنها كانت أذنت له، انتهى.

وهذا قد يخرج على قول من يرى أن تصرفات الحاكم [حكم] وتتضمن الحكم؛ إذ لا بدَّ للحكم من تقديم ما يقتضي الإقدام عليه، والظاهر أنه ـ رحمه الله تعالى ـ قاله تفقهًا، [وفي «فتاوى القفال»][1]: [إن رجلًا لو جاء إلى الحاكم وقال: أذنت لك فلانة في تزويجها مني؛ فإن وقع في نفسه تصديقه جاز تزويجها من قيد ففعل، ثم رجع الشاهدان، وقالا: كذبنا، نظر، إن قالت: أرسلهما، صح النكاح، وإن قالت: ما أذنت صدقت بيمينها عند دعوى الزوج إذنها، وأنه لو أرسلت إلى ابن عمها رجلًا يزوجها من فلان فلم يجيء ذلك الرجل، وجاء رجل آخر كاذبًا، وأخبر ابن عمها بذلك جاز النكاح؛ لأنها كانت أذنت فيه].

قال الْقَفَّالُ: وعلى هذا الأصل لو أخبر بموت أبيه فباع ميراثه، ثم بان كذب المخبر؛ ولكن كان الأب قد مات قبل البيع، صح البيع، كذا هنا بخلاف ما لو باع عبد أبيه، وعنده أنه حي، ثم بان أنه كان ميتًا، لم يجز كذا هاهنا إذا زوجها مِنْ غير أن يسمع بالإذن، ثم بان أنها كانت أذنت لا يجوز.

قلت: وقضية تشبيهه بالبيع أنَّا إذا صححنا البيع، وهو الأصح، أن يصح النكاح؛ إذا بان إذنها قبل العقد، وإن لم يكن بلغه ذلك وفيه بُعْدٌ، وقد يفرق بين الجاهل اعتبار إذنها، فيصح، وبين العالم باشتراطه فلا؛ بناءً على اعتبار عدالة الولي.

---

(١) في نسخة: (وفي فتاوى البغوي).

فَصْلٌ

لَا تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا بِإِذْنٍ، ....

[قال في «البحر»: لو قال: زوجني ابنتك الثيب، فقال: رضيت، فقال الأب: زوجتكها، ففيه وجهان: أحدهما: يصح النكاح، والثاني: لا يصح؛ حتى يقول الخاطب بعده: قبلت، انتهى].

قال:

(فَصْلٌ:

لَا تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا بِإِذْنٍ) أي: لا تملك المرأة أن تعقد على نفسها بحال، وإن أذن لها الولي فيه، وسواء كانت شريفة أو دنية؛ للحديث المتقدم في اعتبار الشاهدين والولي، وحديث: «**لا نكاح إلا بولي**».

وحديث ابن عباس وعائشة وأبي موسى[1] قال المروزي: سألت أحمد ويحيى عن حديث «**لا نكاح إلا بولي**» فقالا: صحيح، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه عنه ﷺ: «**لا تزوج المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها؛ فإن الزانية هي التي تزوج نفسها**»[2] رواه ابن ماجه والدارقطني بإسناده على شرط الصحيح.

---

(١) حديث أبي موسى: أخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ٢٨٤، رقم ٣٦١١٩)، وسعيد بن منصور في كتاب السنن (١/ ١٧٤، رقم ٥٢٧)، وأحمد (٤/ ٣٩٤، رقم ١٩٥٣٦)، وأبو داود (٢/ ٢٢٩، رقم ٢٠٨٥)، والترمذي (٣/ ٤٠٧، رقم ١١٠١)، وابن ماجه (١/ ٦٠٥، رقم ١٨٨١)، وابن حبان (٩/ ٣٨٩، رقم ٤٠٧٧)، والحاكم (٢/ ١٨٤، رقم ٢٧١٠)، والبيهقي (٧/ ١٠٨، رقم ١٣٣٩٣). والطيالسي (ص ٧١، رقم ٥٢٣)، والبزار (٨/ ١١١، رقم ٣١١١)، والطحاوي (٣/ ٨)، وابن الجارود (ص ١٧٦، رقم ٧٠٣)، والدارقطني (٣/ ٢٢٠).
حديث ابن عباس وعائشة: أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٠٥، رقم ١٨٨٠) قال البوصيرى (٢/ ١٠٣): هذا إسناد ضعيف.
حديث أبي أمامة: أخرجه الطبراني (٨/ ٢٩٢، رقم ٨١٢١).
حديث أبي هريرة: أخرجه ابن عساكر (٤٣/ ٦٩) وابن حبان (٩/ ٣٨٧، رقم ٤٠٧٦).
حديث جابر: أخرجه الخطيب (٨/ ٣٧٠).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٠٦، رقم ١٨٨٢)، والبيهقي (٧/ ١١٠، رقم ١٣٤١٢) والدارقطني (٣/ ٢٢٧، رقم ٢٥) قال البوصيري (٢/ ١٠٤): هذا إسناد مختلف فيه.

وَلَا غَيْرَهَا بِوَكَالَةٍ وَلَا تَقْبَلُ نِكَاحًا لِأَحَدٍ، ....

قال الشَّافِعِي: وفي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩] أصرح دليل على اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، ولنا وجه شاذ يأتي بيانه أنها تزوج نفسها عند الضرورة.

إشارة: قال شارحٌ: مراد المصنف بقوله: «**لَا تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا**» إنها لا تأذن لأجنبي في تزويجها، إلا ما سنذكره في حالة التحكيم وحال الضرورة.

قال المحاملي: وإذا زوجت نفسها، أو زوجها أجنبي بإذنها لم يجز إقرارهما عليه بحال اعتقدا تحريمه أو إباحته، هذا لفظه.

تنبيه: عبارة المصنف قلقة موهمة، وكان الأحسن الأخصر الأشمل أن يقول: لا تزوج المرأة نفسها ولا غيرها بحال، فهي تشمل قول «المحرر»: لا تزوج المرأة نفسها بإذن الولي ودونه ولا غيرها بولاية ولا وكالة، فاعلم.

قال: (**وَلَا غَيْرَهَا بِوَكَالَةٍ وَلَا تَقْبَلُ نِكَاحًا لِأَحَدٍ**) كما لا تزوج غيرها بولاية كأمتها ولا بوكالة عن غيرها للحديث السابق «**لا تزوج المرأة المرأة**»[١] ولو قال لها الولي: وكلي رجلًا يزوجك؛ فإن قال: عن نفسك لم يصح أو عني أو أطلق، فوجهان، وبالصحة أجاب في «الشامل» هنا، وقال الْمُتَوَلِّي: إنه المذهب، وعن الإمام ما يقتضي أنه إذا قال: عني صح قطعًا.

فرع: هل للزوجين الانفراد بعقد مختلف فيه؟ قال: الْمَاوَرْدِيُّ: إن كانا من أهل الاجتهاد، وأداهما إلى ذلك، جاز، وإلا فوجهان: أحدهما: نعم، ثانيهما: لا يجوز إلا بإفتاء مفتٍ أو حكم حاكم، ولو عقدا اعتمادًا على الإفتاء، ثم اتفقا على رفعه؛ فإن لم يكونا من أهل الاجتهاد لم يرتفع، وإلا فهل يرتفع أو يتوقف على حكم حاكم؟ فيه وجهان، اختار ابن سُرَيْج الثاني، وهل يرتفع بفتوى المفتي في حق غير المجتهد أم لا بدَّ من الحاكم؟ وجهان، ولو كان الحاكم متوليه، فلا يرتفع إلا بحكمه، انتهى.

وقال الإمام: إذا نكح رجل امرأةً، ثم استفتيا مفتيًا فأفتاهما بفساد

---

(١) تقدم تخريجه.

....

النكاح، والمسألة مختلف فيها فهل تَبِيْنُ المرأة بالفتوى؟ فيه أوجه: ثالثها: إن صحح النكاح قاضٍ لم يرفعه الفتوى، وإلا رفعته.

فرع: قال في «الروضة»: روى يونس بن عبد الأعلى أن الشَّافِعِي قال: إذا كان في الرفقة امرأة لا ولي لها فولَّت أمرها رجلًا حتى زوجها جاز، وليس هذا قولًا في صحة النكاح بلا وليٍّ؛ لأن العبادي حكى هذا النص في «الطبقات»، ثم ذكر أن من أصحابنا مَنْ أنكره، ومنهم من قبله، وقال: إنه محكَّم، والمحكم يقام مقام الحكم.

قلت: ذكر صاحب «الحاوي» فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولاحاكم، ثلاثة أوجه: أحدها: لا تزوج، والثاني: تزوج نفسها؛ للضرورة، والثالث: تولي أمرها رجلًا يزوجها، وحكى الشَّاشِي أن صاحب «المهذب» كان يقول: تُحكِّم فقيهًا مجتهدًا، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيحٌ بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح؛ ولكن شرط المحكَّم أن يكون صالحًا للقضاء، وهذا يعسر في هذا الحال.

فالذي أختاره صحة النكاح إذا ولَّت أمرها عَدْلًا، وإن لم يكن مجتهدًا.

[وهو ظاهر نصّه الذي ذكره يونس، وهو ثقة والله أعلم، هذا لفظه ـ رَحِمَهُ اللهُ تعالى -]. ورأيت في «مناقب الشَّافِعِي» للشيخ أبي الحسن محمد بن الحسين الأثري السجزي من متقدمينا في أثناء المائة الرابعة ما لفظه: سمعت محمد بن عبد الله بن جعفر الرازي، سمعت أبا القاسم الحسين بن محمد بن مأمون المصري المعدل، وقد لقيته، وكتبت عنه بمصر، سمعت الحسين بن محبوب المعدل المصري.

قال ابن مأمون: وكان مشهورًا من جلة أصحاب الشَّافِعِي، سمعت الْمُزَنِي يقول: سمعت الشافعي يقول: إذا كانت المرأة في جوار قوم ليس لها زوج، ولا هي في عدة من زوج، ولا لها ولي حاضر فولَّت أمرها رجلًا من صالحي جيرانها يزوجها تزويجًا صحيحًا، فالنكاح جائزٌ.

....

قال الْمُزَنِيّ: فقلت للشافعي: فإنا نحفظ عنك في كتبك أن النكاح باطل، فقال الشَّافِعِي: إن الأمر إذا ضاق اتسع، شاهدان عدلان يشهدان: ألا ولي لها حاضر، ولا لها زوج، ولا هي في عدة من زوج.

قال الشَّافِعِي: إذًا تضيع الفرج يعني: ألا يجيز أمرها في تزويجها، هذا نصُّه بحروفه، وفي «الذخائر» بعد نقل ما رواه يونس، وما حُكي عن صاحب «المهذب» والبناء على التحكيم، وقد كان شيخنا يرى ذلك، ويفتي به.

قال أبو المعالي الجويني - يعني: إمام الحرمين-: وهذا البناء لا يصح؛ لأن هناك حكّما فيما يتنازعان فيه من أمر النكاح وغيره، فيصير النظر له فيما حكاه فيه خاصةً، وهذه ولاية ممن لا يستحقها، فافترقا، وما قاله حسن، وإن صرَّح غيره بخلافه، وقول المصنف: وما ذكره في التحكيم صحيح إلى آخره، فيه وقفة؛ لأن المذهب الصحيح فيه جوازه، سواء كان ثَمَّ قاضٍ أم لا، وما اختاره صاحب «المهذب» هو ما رواه العبادي عن بعض أصحابنا، وهو الثالث المنسوب إلى «الحاوي»، قال الشَّاشِي في «الحلية» بعد ذكره الوجه القائل بأنها ترد أمرها إلى رجل يزوجها، وهذا لا يجيء على أصلنا، وهو معذور بأنه بعيد من المذهب المشهور، وذكر الرَّافِعِي والمصنف في «أدب القضاء»: أما إذا جوَّزنا التحكيم في غير الأموال، فخطب امرأةً، وحكما بالتزويج كان له أن يزوج.

قال الرُّويَانِيّ: هذا هو الأصح، واختيار الأستاذ أبي إسحاق، وأبي طاهر الروياني وغيرهما من المشايخ، وإنما يجوز التحكيم إذا لم يكن هناك ولي حاضر من نسب أو معتق فشرط في بعض الشروح ألا يكون هناك قاضٍ، وحكى صاحب «العدة» وجهين في اشتراطه، وأمكن ذلك مبنيًا على الخلاف، وهل يفرق في التحكيم بين أن يكون في البلد قاضٍ أم لا؟ انتهى لفظ «الروضة».

وقضية هذا البناء أن يكون الأصح عدم الاشتراط؛ لأنه الأظهر هناك، وهذا بعيد عن المذهب، والدليل؛ لأن الحاكم ولي حاضر، ويظهر الجزم بمنع الصحة إذا أمكن التزويج من جهته، وما سبق عن رواية الْمُزَنِيّ وابن عبد الحكم يؤذن بأن موضع الجواز عند الضرورة، ولا ضرورة مع إمكان التزوج من حاكم

وَالْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ بِلَا وَلِيٍّ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ، ....

أهل حاضر البلد، ونحوه [ألا ترى قول الشَّافِعِي: إذا ضاق الأمر اتسع].

وأما التجويز مطلقًا، فلا معنى له؛ إذ فيه تسليط النساء على تزويج أنفسهن إذا ما تشاء واحدة أن تنكح إلا حكمت عند غيبة وليها، وفي ذلك إبطال بحكمه تفويض التزويج إلى الأولياء.

وفي أقضية «الحاوي» ولو أن امرأةً لا ولي لها خطبها رجل، فحكَّما رجلًا في التزويج، فإن كانا بدار الحرب أو ببادية لا يصلان إلى حاكم، جاز التحكيم في التزويج، فإن كانا في دار الإسلام؛ وحيث يقدر فيه على الحاكم ففي جوازه وجهان، وقال ابن الْقَطَّان: قال الإصطخري: إذا لم يكن في البلد حاكم يجوز للرجل والمرأة أن يحكِّما مسلمًا فينعقد نكاحهما، قال: وهذا ليس بشيء؛ لأن النبي ﷺ قال: «**السلطان ولي من لا ولي له**»[1] ولا خلاف بيننا أن هذا ليس بسلطان، انتهى.

وبالجملة فالمختار دليلًا الموافق للنصين السابقين جواز تفويضها أمرها إلى رجل عدل عند فقد الحاكم، ومَن فوقه مِن الأولياء في البلد، وما يقرب منه إذا دعت حاجتها إلى النكاح، والقطع بالمنع عند وجود حاكم أهل يمكنها التزويج من قبله، أما إذا لم يكن لاشتراطه أشياء يعجز عن الإتيان بها، فيظهر أنه كالمعدوم عند ضرورتها أو حاجتها إلى النكاح، ويجوز ألا يكون هذا مخالفًا لظاهر المذهب، ويكون موضع المنع على المذهب فيما وراء ذلك جمعًا بين نصوصه، والله أعلم.

قال: (**وَالْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ بِلَا وَلِيٍّ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ**)؛ لقوله ﷺ: «**أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذنِ وليها فنكاحها باطل**» قاله ثلاثًا، «**فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن يتشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**»[2] رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وحسنه، وصححه ابن حبان وقال الحاكم: صحيح على شرطهما، وقال ابن معين: إنه أصح ما في الباب.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

لَا الْحَدَّ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَلِيِّ بِالنِّكَاحِ إِنْ اسْتَقَلَّ بِالْإِنْشَاءِ، وَإِلَّا فَلَا، ....

تنبيه: [قال: يستحب في][1] إيجاب المهر ما إذا كان الناكح محجورًا عليه بالسفه كما سيأتي بيانه.

قال: **(لَا الْحَدَّ)** أي: بشبهة اختلاف العلماء، وتعارض الأدلة سواءٌ اعتقد التحريم أم لا، وقال: الصيرفي: يجب الحد، وحكي عن الفارسي والإصطخري، ثم المشهور عن الصيرفي حد العالم فقط، وكلام الْغَزَالِي في الحدود يقتضي طرده في الجاهل أيضًا.

وقال القاضي الحسين: ومحل هذا الخلاف إذا حضر هذا العقد شاهدان، فإن لم يحضراه، ولا حصل إعلام، فالحد واجب؛ لانتفاء شبهة اختلاف العلماء، وإن وجد الإعلان خاصةً، فإن لم يكن ولي، وجب، وإلا فلا، ومحل الخلاف أيضًا أن يحكم حاكم يراه بصحته أما بعده فلا يحد قطعًا، ولا ينقض حكمه قطعًا، وقال الإصطخري: ينقض.

فائدة: قال القاضي الحسين هنا: إذا قضى حنفي بصحة بيع النبيذ، ثم رفع إلى حاكم شافعي كان له نقضه.

قال: **(وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَلِيِّ بِالنِّكَاحِ إِنْ اسْتَقَلَّ بِالْإِنْشَاءِ)** أي: حالة إقراره، وإن لم توافقه البالغة العاقلة على الأصح؛ لأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار وغالبًا، وقيل: تعتبر مساعدة البالغة كالوكيل إذا ادعى أنه أتى بما وكل فيه، وفي نصِّ «الأم» فيما إذا عقد عليها اثنان، وحمل السابق ما يؤيده.

قال: **(وَإِلَّا فَلَا)** أي: وإن لم تستقل به، إما لعدم إجباره، أو لكون الزوج غير كفء، فلا يقبل؛ لعجزه عن الإنشاء إلا بإذنها المعتبر، والأصل عدمه، فلو أسند الإقرار إلى حاله بملك الإنشاء فيها بأن قال: وهي ثيب كنت زوجتها في حال بكارتها.

[قال الإمام]: فإن الإقرار لا يقبل اعتبار الوقت للإضرار.

قال الرَّافِعِي: ويمكن جعله على الخلاف فيما إذا أقر العبد بدين أسنده إلى

---

(١) في نسخة: (استثنى من).

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِالنِّكَاحِ عَلَى الْجَدِيدِ.

ما قبل حجر السيد، والمريض إذا أسند إلى الصحة، ونازعه ابن الرِّفْعَة، وفرق بأن الإشهاد هناك لا يجب، وهنا واجب فلا يصدق مع القدرة على الإثبات.

قال: (**وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ**) أي: الحرة.

(**بِالنِّكَاحِ عَلَى الْجَدِيدِ**) أي: مع تصديق الزوج؛ لأن النكاح حقهما فثبت بقاؤهما كسائر العقود، وكذا مع تصديق من يملك إجباره حالة التصديق، قال الْبَغَوي في «الفتاوى»: سواء أقرت بكفء أم بغيره، وحكى القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» فيه وجهين، وأفتى الْغَزَالِيُّ بالمنع مع تكذيب الولي، وهو [الأصح] المختار؛ لأن الأصل عدم رضاه بغير الكفء فكيف يقبل قولها عليه؟! وسواء الرشيدة، والمحجورة، وفيها احتمال للإمام، وسواء كذبها الولي والشاهدان أو الجميع على المرجح عندهما في كتاب «الدعاوى» من قبول إقرارها مطلقًا من غير تفصيل، وهو قضية إطلاق «المنهاج» هنا، ورجحا في «الروضة» و«الشرح» اشتراط التفصيل، وهو الأحوط فتقول: زوجني منه وليٌّ بحضرة شاهدين عدلين، كما سيأتي، ثم لا فرق بين العفيفة، والفاسقة.

قال: الرَّافِعِي: وعن القاضي الحسين الفرق بين العفيفة والفاسقة، انتهى.

ونقل القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» عن الْقَفَّالِ أنها لو كانت فاجرة يغلب على الظنون كذبها لا يُقبل إقرارها، كما لو طلقها ثلاثًا، فقالت: قد أصابني زوج، ويحتمل كذبها فلا يقبل.

قلت: وهذا شاهد لقول الفوراني: إن مطلقته ثلاثًا إذا أخبرته بذلك، وغلب على ظنه كذبها لا تحل له، وقد غلط فيه، ولا فرق بين الغريبين والبلديين، والقديم إن كانا غريبين ثبت النكاح، وإلا طولبا بالبينة، ومنهم من أطلق نقل القديم كما سيأتي في «الدعاوى» ـ إن شاء الله تعالى ـ وكلام «الكتاب» إليه أقرب، وعكس الفوارني فنسب القبول على القديم، ومقابله إلى الجديد، وكذا وقع في «الإبانة»، وهو سبق قلم من ناقل أو غيره؛ ولأنه في «العمد» على الصواب؛ فاعلم.

....

تنبيهان:

الأول: سبق اشتراط تصديق الزوج، والظاهر أن الغرض في تصديق زوج يصح إقراره بالنكاح لا محجور عليه بسفه أو رق إلا أن يصدقه الولي أو السيد على وقوعه بإذنه.

الثاني: المفهوم من كلامهم أنَّا حيث لم نصدقها أنه يجوز تزويجها من آخر، وهو مشكل، ولا سيما إن أصرت على الإقرار.

فرع: أقرت لزوج، والمجبر لآخر عن القبول إقراره، وجهان في «الروضة»، وقال الإمام: تردد الأصحاب في قبول إقرار البكر ومعها مجبر، والتفريع على قبول إقرار المرأة.

قال: ويظهر في وجه القياس ألا يقبل إقرارها؛ للتضاد، ومِن الأصحاب مَن قبله، وفي تفريعه عسر؛ فإنها لو أقرت لشخص، والأب لغيره، فما الوجه؟ يجوز أن يقال: الحكم للإقرار السابق، ويجوز أن يحكم ببطلانهما إذا اجتمعا، ولو رددنا إقرارها تخلصنا من الخبط، انتهى.

فحصل أربعة آراء في المسالة، وخرج من نقله وجهٌ في عدم قبول إقرار المجبرة مع المجبر، وقال: إنه القياس، وإطلاق غيره يقتضي أن المذهب القبول مطلقًا كما سبق، نعم لو أقرا دفعه لاثنين فالوجه بطلانهما؛ إذ ليس دفع أحدهما بأولى من الآخر، أفتى الْغَزَالِيُّ بأنه لو قالت بكر ابتداءً: زوجني من زيد، وصدقها، وُقف إقرارهما؛ فإن كذَّبها الأب وأقر لآخر قبل إقراره، وكان كبينة يقيمها الزوج الثاني بعد إقرارها للأول.

قلت: ولينظر فيما لو أقر، واحتمل وقوع الإقرارين معًا بأن جهل السبق والمعية، هل يكون كما لو علمت المعية احتياطًا؟ والظاهر أنَّا إذا اعتبرنا أسبق الإقرارين فعلم، ونسي أن يأتي هنا ما قيل في عقد الوليين.

فرع: لو قالت: هذا زوجي، ولم يكن منه تصديق ولا تكذيب فماتت ورثها، ولو مات لم ترثه [ولو قال: هذه زوجتي، ولم يكن منها تصديق ولا

وَلِلْأَبِ تَزْوِيجُ الْبِكْرِ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً بِغَيْرِ إِذْنِهَا، ....

تكذيب، فمات ورثته، وإن ماتت لم يرثها] نص عليه في «الإملاء».

ورأيت في «فروع» ابن الْقَطَّان: لو قال: هذه المرأة زوجتي، فأنكرت صُدِّقت بيمينها، فلو مات ورجعت وقالت: كذبت هو زوجي، قال بعض الأصحاب: لا يقبل رجوعها هنا؛ لأنها متهمة، والصحيح قبوله؛ لأنها مقرة بحق عليها، والزوج مات وهو مقيمٌ على المطالبة، انتهى.

وفي النفس منه شيء بالنسبة إلى الإرث لا العدة، وما فيه تغليظ عليها.

قال: (**وَلِلْأَبِ**) أي: والجد وإن علا.

(**تَزْوِيجُ الْبِكْرِ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً بِغَيْرِ إِذْنِهَا**) أي: من كفء بمهر المثل، قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن إنكاح الأب ابنته الصغيرة جائز؛ إذا زوجها من كفء، وتزوج النبي ﷺ عائشة - رضي الله عنها - وهي بنت ستٍ، وأصل الباب قوله ﷺ: «**الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا**» رواه مسلم، وفي رواية: «**وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا**»[1] فلما قُسم النساء قسمين، وأثبت الحق للثيب دل على نفيه في البكر، وأن الأب أحق بها من نفسها، ولفظ الدارقطني: «الثيب أحق من نفسها، والبكر يزوجها أبوها»، وحينئذٍ يكون الأمر بالاستئذان في حق البكر البالغة مستحبًا جمعًا بين الأدلة.

تنبيهات: لنا قول اختاره جماعة: إن الجد يجبر الصغيرة دون الكبيرة، أطلقوا أن إذن البكر صمتها، وقيَّده ابن المنذر، وربما إذا علمت أن إذنها صمتها، وهو حسن غريبٌ، وسنوضح النقل فيه، وإنما ينقدح في غير المجبر؛ لأن رضاها مع الإجبار غير معتبر، قضية إطلاق «المنهاج» أنه لا فرق أن يكون بينهما عداوة أو لا، وفي «الروضة»: أنه لو كان بينهما عداوة ظاهرة ليس له

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٧، رقم ١٤٢١)، وأبو داود (٢/ ٢٣٢، رقم ٢٠٩٨، ٢٠٩٩)، والنسائي (٦/ ٨٥، رقم ٣٢٦٤). وأحمد (١/ ٢١٩، رقم ١٨٩٧). وابن حبان (٩/ ٣٩٨، رقم ٤٠٨٨)، والطبراني (١٠/ ٣٠٧، رقم ١٠٧٤٥)، والبيهقي (٧/ ١١٥، رقم ١٣٤٤١).

وَيُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُهَا، وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ثَيِّبٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا، فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَمْ تُزَوَّجْ حَتَّى تَبْلُغَ، وَالْجَدُّ كَالْأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ، ....

إجبارها، وكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان قال: ويحتمل جوازه، انتهى.

ويمنع الإجبار أجاب ابن الْقَطَّان في «فروعه»؛ لكن قضية ما في «الحاوي»: أن العداوة بينهما لا تمنع الإجبار، وهذا نقل عنه، الجزم به عن الرُّويَانِي أيضًا، وعبارة الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: نعم لو كان بين الأب وابنته عداوة ظاهرة، فقيل: ليس له إجبارها على النكاح فأشار إلى غرابته، المتوجه الجزم بأنه ليس له إجبارها على نكاح معسر، فإن فعل، فهل يصح؟ فيه كلام يأتي من بعد.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُهَا**) يعني الكبيرة؛ للحديث، وللخروج من الخلاف، وكذا يستحب استئذانه المراهقة كما صرح به بعضهم.

قال الصيمري: ويستحب استئذان أمها، ومَنْ جرى مجراها؛ للحديث الوارد فيه، وهذا لا فرق فيه بين الصغيرة وغيرها، والمستحب في الاستخبار أن يرسل إليها نسوةً ثقات ينظرن ما في نفسها، والأم بذلك أولى؛ لأنها تطلع على ما لا تطلع عليه غيرها، ولو استأذنها الأب أو الجد بنفسه حصلت السُّنة، قال في «الأم»: وأكره أن يزوجها من تكرهه، وقال في «القديم»: واجب ألا تزوج الصغيرة حتى تبلغ، فتستأذن.

قلت: إلا أن يكون في ذلك مصلحة أو غبطة ظاهرة يُخشى فواتها فيبادر إليها.

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ثَيِّبٍ**) أي: عاقلة بالغة.

(**إِلَّا بِإِذْنِهَا**) أي: الصريح للحديث الصحيح السابق، ولا فرق في ذلك بين الأب وغيره؛ (**فَإِنْ كَانَتْ**) أي: البنت.

(**صَغِيرَةً لَمْ تُزَوَّجْ حَتَّى تَبْلُغَ**) أي: فتستأمر؛ لأن عبارتها في الصغر ساقطة، نعم لو كانت مجنونة، فسيأتي أنها تزوج على الأصح.

قال: (**وَالْجَدُّ كَالْأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ**) أي: أو عدم أهليته كما سيأتي، وألحق

وَسَوَاءٌ زَالَتْ الْبَكَارَةُ بِوَطْءٍ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ، وَلَا أَثَرَ لِزَوَالِهَا بِلَا وَطْءٍ كَسَقْطَةٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

بالأب؛ لأنه في معناه لا لمشاركته في اسم الأبوة على الأصح، وسبق قول: إنه ليس له إجبار كبيرة.

قال: **(وَسَوَاءٌ زَالَتْ الْبَكَارَةُ بِوَطْءٍ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ)** أي: على المشهور؛ لأنها ثيب فشملها الخبر، وبدليل أنها لا تدخل في الوصية؛ للإبكار، وعن «القديم» أن المصابة بأنها لها حكم البكر، ولعله فيما إذا أكرهت عليه، وكان الزنا من الواطئ دونها، وحكى ابن الرِّفْعَة عن القاضي أبي حامد: إن التي وطئت مجنونة أو مكرهة أو نائمة كالبكر؛ لدوام الحياء، وظاهر المذهب خلافه، ونحوه، قال الصيمري: والثيب: هي التي زالت بكارتها بوطء الزوج أو زنا، ولا شك أن وطء السيد والشبهة إذا كانت عالمة مطاوعة لذلك، وكذا إن كانت مغلوبة على عقلها بغيره على المذهب، ولو خلقت بلا بكارة قال الصيمري، وصاحبه الْمَاورْدِيُّ، وقال الرُّويَانِيّ في «البحر»: لا خلاف فيه، [فهي بكر يعني مجبرة وجهًا واحدًا أو تفريعًا عليه].

إشارة: كان ينبغي أن يقول: بوطء حلال أو حرام أو بشبهة؛ لأنه لا يوصف بحل ولا حرمة على المختار، [ولفظ النص في «الجامع الكبير» أُصيبت بنكاحٍ أو شبهة أو زنا وعبارة «المحرر» بالوطء الحلال أو بغيره وهي أحسن][1] وسواءٌ حصل من آدمي أو بهيمة بتمكينها أو غشيها قرد ونحوه، وهي نائمة أو مغلوبة على عقلها هذا قضية كلامهم؛ لأنها زالت بوطء.

قال: **(وَلَا أَثَرَ لِزَوَالِهَا بِلَا وَطْءٍ كَسَقْطَةٍ فِي الْأَصَحِّ)** أي: بل حكمها هنا حكم البكر؛ لأنها لم تمارس الرجال، وهي على غباوتها، وحيائها، والثاني: لا؛ لزوال العذرة، وصدق الثيوبة، وقوله: «كسقطة».

قال: في «الروضة»: أو إصبع أو حدة طمث، أو طول التنفيس، أو وطئت في دبرها على الأصح، وعكس في «شرح مسلم» الترجيح في الجميع، فقال:

---

(١) سقط في النسخة الأصل.

وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ كَأَخٍ وَعَمٍّ لَا يُزَوِّجُ صَغِيرَةً بِحَالٍ، ....

فلها حكم الثيب على الأصح، وقيل: حكم البكر، انتهى.

فروع: **الأول**: قال الصيمري، والْمَاورْدِيُّ: لو قالت للولي المجبر: إنها ثيب، قبل قولها، فإن لم يعلم لها زوج، ولا يسأل عن الوطء الذي صارت به ثيبًا، وأجرى عليها حكم الثيب، قال الشَّاشِي: وكونها لا تسأل نظر؛ لأنه ربما زالت بكارتها بإصبع، فله أن يسألها فإن ذكرت وطئًا حلفها للتهمة في تصديقي إجبارها، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنه إن أراد تحليفها بنفسه فلا يلزمها الحلف، وإن أراد أن الحاكم يحلفها له، فلا يخفى ما فيه من الأذى والعار.

الثاني: قال الْمَاورْدِيُّ والرُّويَانِيُّ: لو زوجها معتقدًا بكارتها فادعت أنها كانت ثيبًا لم تصدق، في إبطال النكاح؛ إذ الأصل بقاء البكارة، ولو شهد أربع نسوة بثيوبتها عند العقد لم يبطل بجواز إزالتها بإصبع أو ظفر أو خلقةً، انتهى. وفي النفس منه شيء.

الثالث: إذا استؤذنت بكر في غير كفء، فسكتت كان إذنًا إذا اكتفينا بسكوتها، قاله الرَّافِعِي ونقله في موضع عن القاضي الحسين، وحكى غيره في اشتراط التصريح بالإذن وجهين، صحح الْمُتَولِّي عدم اشتراطه.

الرابع: قال في «البيان»: إذا استأذنها في أقل من مهر المثل أو في غير نقد البلد فسكتت لم يكن إذنًا؛ لأنه مال فلا يكفي سكوتها كبيع مالها، وفي «فتاوى» الْبَغَوي ما يخالفه حيث قال: لو أذنت في نكاحها بألف، ثم قيل لها عند العقد: بخمسمائة، فسكتت وهي بكر كان سكوتها إذنًا في تزويجها بخمسمائة، والأول أوجه.

الخامس: في «فتاوى» الْبَغَوي لو استؤذنت في النكاح فأقرَّت بالبلوغ، فزوجت، ثم قالت: لم أكن بالغة يوم أقررت بالبلوغ، صدقت بيمينها، وإن قالت: كنت مجنونة، إن عرف لها جنون سابق، قُبل قولها وإلا فلا.

قال: (**وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ كَأَخٍ وَعَمٍّ لَا يُزَوِّجُ صَغِيرَةً بِحَالٍ**) أي:

وَتُزَوَّجُ الثَّيِّبُ الْبَالِغَةُ بِصَرِيحِ الْإِذْنِ، وَيَكْفِي فِي الْبِكْرِ سُكُوتُهَا فِي الْأَصَحِّ.

بكرًا كانت أو ثيبًا عاقلة أو مجنونة؛ لقوله ﷺ: «**لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن**»(١) قال الترمذي: حسن صحيح، ومعلوم أنه لا إذن للصغيرة.

قال: (**وَتُزَوَّجُ الثَّيِّبُ الْبَالِغَةُ بِصَرِيحِ الْإِذْنِ**)؛ للحديث السابق: «**الثيب أحق بنفسها من وليها**»(٢) وفي سنن أبي داود وغيره: «**ليس للولي مع الثيب أمر**»(٣) وأغرب في «الترغيب» حيث قال: وإذنها بالتصريح على الصحيح.

إشارة: لو كانت الثيب البالغ خرساء، فإذنها الإشارة المفهمة لا محالة، والظاهر أن كتبها بالإذن، كذلك نفي ما لو لم يكن لها إشارة مُفهمة ولا كتابة فهل تكون في معنى المجنونة حتى يزوجها الأب والجد، ثم الحاكم دون غيرها أو لا؛ لأنها عاقلة؟ لم أرَ فيه شيئًا ولعل الأول أوجه.

قال: (**وَيَكْفِي فِي الْبِكْرِ سُكُوتُهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص؛ للحديث: «**وإذنها سكوتها**»(٤) ولأن حياءها من غير الأب أكثر فكان الاكتفاء بالسكوت في حقها أولى وسبق تفنيد ابن المنذر [ذلك بما إذا كانت تعلم أن السكوت إذنًا منها، وهو حسن] ولكن الشيخ قال في «شرح مسلم»: إن مذهبنا ومذهب الجمهور أن ذلك لا يشترط، وشرطه بعض المالكية، واتفق أصحاب مالك على استحبابه، وفي النفس من عدم اعتباره شيء، وإن أفهمه إطلاق الخبر وإطلاق الشافعي والأصحاب، والله أعلم.

وقوله: وشرطه بعض المالكية فيه نظر، يعرف بمراجعة «الوسيط»، وظاهر كلام محققيهم أن مذهب مالك أن ذلك لا بد منه، والله أعلم.

والثاني: لا بد من صريح نطقها كالثيب، وقيل: إذا جرى بين يديها فسكتت، كفى، ولا حاجة إلى إذنها حينئذٍ وليس بشيءٍ.

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ١٨١، رقم ٢٧٠٣) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٧/ ١٢١، رقم ١٣٤٧١)..

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٣٣، رقم ٢١٠٠).

(٤) تقدم بنحوه.

وَالْمُعْتِقُ. وَالسُّلْطَانُ كَالْأَخِ.

تنبيه: إنما يكفي السكوت في حق العصبة، والحاكم، والمحكم على تجويزه في النكاح إذا لم تكن قرينة ظاهرة في المنع، سواء بكت أم لا، فلو بكت مع صياح أو ضرب خد، ونحوهما وكان ما قدمناه في الفرع الرابع والخامس عن «البيان» و«فتاوى البغوي» هنا أشبه.

فروع: لو قال: أزوجك من شخص، كفى، ذكره الرَّافِعِي بحثًا بناءً على الأصح أنه لا يشترط تعيين الزوج في الإذن، وصوَّبه في «الروضة» وعن بعضهم لا يكفي؛ لأن الرضا بالمجهول لا يتصور، لو أذنت ورجعت قبل التزويج لم يصح ولو زوجها بعده، وقبل العلم به، فوجهان؛ كنظيره في الوكالة، في «فتاوى الْبَغَوي»: أنها لو أذنت لوليها وهي في نكاح أو عدة أن يزوجها إذا طلقت وانقضت عدتها أنه ينبغي أن يصح الإذن كما يصح التوكيل هكذا، وفيه وجه: أنه لا يصح، كذا في «الروضة» والمرجح في كتاب الوكالة: المنع، كما أوضحته هناك.

وفي «فتاوى الْبَغَوي» أنها لو قالت: زوجني ممن تختاره أُمي فاختارت الأم زوجًا فأعرض لم يزوجها ممن تختاره الأم إلا بإذن جديد، وأنه لو قيل لها: أرضيت بما تفعله أمك؟ وهي تعلم أنهم يعنون النكاح، فقالت: رضيت، لم يكن إذنًا بخلاف قولها: رضيت بمن تختاره أمي، ولو قالت: رضيت إن رضيت أمي، لم يجز أو إن رضي وليي، وأرادت التعليق، لم يجز، وإن أرادت: رضيت بما تفعله، كان إذنًا.

قال: (**وَالْمُعْتِقُ، وَالسُّلْطَانُ كَالْأَخِ**) أي: في أيهما يزوجان كما سبق في الحواشي؛ لقوله ص: «**الولاء لحمة كلحمة النسب**»[1].

وقال: «**السلطان ولي من لا ولي له**»[2] [وقد سبق، والمراد أيهما أو

---

(١) أخرجه الشافعي (١/ ٣٣٨)، وابن حبان (١١/ ٣٢٦، رقم ٤٩٥٠)، والحاكم (٤/ ٣٧٩، رقم ٧٩٩٠).

(٢) تقدم تخريجه.

وَأَحَقُّ الْأَوْلِيَاءِ أَبٌ ثُمَّ جَدٌّ ثُمَّ أَبُوهُ ثُمَّ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ ثُمَّ عَمٌّ ثُمَّ سَائِرُ الْعَصَبَةِ كَالْإِرْثِ، وَيُقَدَّمُ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ عَلَى أَخٍ لِأَبٍ فِي الْأَظْهَرِ، ....

تقول: ثم أخ لأبوين ثم لأب ثم تقول في الآخر، وهو في قول: إن المدعي بأب والمدعى لأبوين سواء][1] متأخرين عن جميع المناسبين، وعبارة «المحرر»: فيزوجان كما يزوج الأخ، وهي أحسن؛ لكن قضيتها أن السلطان لا يزوج البالغة المجنونة، [كالأخ]، وليس كذلك، والمراد بالعتق: مَنْ له الولاء، لا من باشر العتق.

قال: (**وَأَحَقُّ الْأَوْلِيَاءِ أَبٌ**)؛ لأن من عداه يدلي به.

(**ثُمَّ جَدٌّ ثُمَّ أَبُوهُ**) أي: وهكذا؛ لاختصاصه عن سائر العصبات بالولادة مع مشاركتهم في العصوبة.

(**ثُمَّ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ**)؛ لأنه يدلي بالأب فكان أقرب.

(**ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ**)؛ لأنه أقرب من العم. (**ثُمَّ عَمٌّ**) أي: لغير الأم.

(**ثُمَّ سَائِرُ الْعَصَبَةِ كَالْإِرْثِ**)؛ لاتحاد مأخذهما.

قال: (**وَيُقَدَّمُ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ عَلَى أَخٍ لِأَبٍ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: في الجديد؛ لزيادة الشفقة، والقرب كالإرث والقديم: أنهما سواء؛ لأن قرابة الأم لا تفيد ولايةً، فلا ترجيح بخلاف الإرث فعلى الجديد يقدم كل مدلٍ بجهتين من بني الأخوة والأعمام [وبنيهم عن][2] المدلي بأحدهما، وليس كل ما لا يفيد لا يرجح بدليل أن العم لأبوين يقدم على العم لأب في الإرث، والعم للأم لا يرث، نعم لو اجتمع ابنا عم أحدهما لأبوين والآخر للأب؛ لكنه أخوها للأم، فهو أولى أو ابنا [ابن] عم، أحدهما: ابنها، والآخر: أخوها للأم، فالابن أولى.

قال في «الروضة»: [ولو كان ابنا عم أحدهما: معتق فعلى القولين] ولو كان أحدهما خالًا فسواء بلا خلاف، وفيما قاله وقفة للمتأمل، والدارمي نقله

---

(١) في نسخة: (والمراد أيهما يزوجان، كما يزوج الأخ فلا يجبران ويكفي سكوت البكر على الأصح، وليس المراد كالأخ في الرتبة فإنهما).

(٢) في نسخة: (على).

وَلَا يُزَوِّجُ ابْنٌ بِبُنُوَّةٍ، فَإِنْ كَانَ ابْنَ ابْنِ عَمٍّ أَوْ مُعْتِقًا أَوْ قَاضِيًا زَوَّجَ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَسِيبٌ زَوَّجَ الْمُعْتِقُ ثُمَّ عَصَبَتُهُ، كَالْإِرْثِ، ....

عن ابن الْقَطَّان فقط، فقال: ومولیان أحدهما أخ لأم سواء.

تنبيهات: قوله: «ثم جد ثم أبوه»، يوهم القصر عليهما، فكان الأحسن أن يقول: ثم للجد وإن علا والأقرب فالأقرب، وقوله: «ثم سائر العصبة» يفهم أن المدلي بأبوين منهم يقدم قطعًا كالإرث ولا يغني عنه قوله: «ويقدم أخ لأبوين إلى آخره» وأيضًا فيوهم قصر الخلاف، [يزوجان كما يزوج الأخ فلا] على ذلك، وكان الأوضح الأشمل أن يقول: ويقدم مدلٍ بأبوين على مدلٍ بأب في الأظهر [يخيران، ويكفي سكوت البكر على الأصح، وليس المراد كالأخ في الرتبة، فإنهما سواء][١].

قال: (**وَلَا يُزَوِّجُ ابْنٌ بِبُنُوَّةٍ**) أي: خلافًا للمزني والأئمة الثلاثة.

لنا: أنه لا نسب بينهما، لكان كالأخ من الأم؛ ولأن الولاية تسليط، واحتكام، وإثبات رتبة، واستعلاء على المولى عليه؛ وذلك لائق بالأصول دون الفروع، والجواب عن حديث عمر بن أبي سلمة مستقصى في المطولات.

قال: (**فَإِنْ كَانَ ابْنَ ابْنِ عَمٍّ أَوْ مُعْتِقًا أَوْ قَاضِيًا زَوَّجَ بِهِ**) أي: بذلك لا بالبنوة، ولو قال: فإن كان عصبة بنسب، أو ولاء كان أشمل، وكذا لو توالدت قرابة أخرى من أنكحة المجوس، أو وطء بشبهة بأن كان ابنها أخاها، أو ابن أخيها، ونحو ذلك، وكذا لو كان وكيلًا لوليها، والمحكِّم كالقاضي على ما رجحه المصنف، وكذا لو ملكها كما يتصور في المكاتب، ويأذن له سيده، فيزوجها بالملك.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَسِيبٌ زَوَّجَ الْمُعْتِقُ ثُمَّ عَصَبَتُهُ، كَالْإِرْثِ**) لقوله ﷺ: «**الولاء لحمة كلحمة النسب**»[٢] صححه ابن حبان، والحاكم.

---

(١) في نسخة: (ثم أخ لأبوين، ثم أخ لأب، ثم يقول في الآخر: وفي قول أن المدلي لأب والمدلي لأبوين سواء).

(٢) تقدم تخريجه.

وَيُزَوِّجُ عَتِيقَةَ الْمَرْأَةِ مَنْ يُزَوِّجُ الْمُعْتَقَةَ مَا دَامَتْ حَيَّةً، وَلَا يُعْتَبَرُ إِذْنُ الْمُعْتِقَةِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِذَا مَاتَتْ زَوَّجَ مَنْ لَهُ الْوَلَاءُ، فَإِنْ فُقِدَ الْمُعْتِقُ وَعَصَبَتُهُ زَوَّجَ السُّلْطَانُ،

قال: (**وَيُزَوِّجُ عَتِيقَةَ الْمَرْأَةِ مَنْ يُزَوِّجُ الْمُعْتَقَةَ مَا دَامَتْ حَيَّةً**) لا السلطان على الصحيح؛ لأن الولاء ثابت للمعتقة؛ ولكنها مسلوبة العبارة، فيزوجها أولياؤها كنفسها فزوجها أب المعتقة، ثم جدها على ما ذكرنا في ترتيب الأولياء، ولا يزوجها ابن المعتقة، وقيل: يزوجها، وقيل: يقدم على الأب.

قال ابن القاص: إنه أحق بالعصوبة، وإلا، وللمسألة التفات على ما سنذكره من أن العصبة المعتق، هل يتم ولاء في حياته؟

إن قلنا: نعم، زوجها الابن؛ لأنه أولى العصبات، ومَنْ له الولاء مسلوبُ العبارة، وإن قلنا: لا ولاء لهم في حياته، فحينئذٍ يتردد النظر في أن أولياءها أولى كما قاله الجمهور أم السلطان كما قاله ابن القاص.

قال: (**وَلَا يُعْتَبَرُ إِذْنُ الْمُعْتِقَةِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ إذ لا ولاية لها ولا [إجبار][1] والثاني: يعتبر؛ لأن عصبتها يزوجون؛ لإدلائهم بها فلا أقل من مراجعتها، ولا خفاء باشتراط رضا المعتقة.

قال: (**فَإِذَا مَاتَتْ**) أي: المعتقة.

(**زَوَّجَ مَنْ لَهُ الْوَلَاءُ**) أي: من عصبات المعتقة، وحينئذٍ يزوجها الابن، ثم مَنْ بعده على ترتيب عصبات المعتق، وقيل: يقدم الأب هنا على الابن بعد موتها؛ استدامة لما ثبت له من الولاية في حياتها.

قال: (**فَإِنْ فُقِدَ الْمُعْتِقُ وَعَصَبَتُهُ زَوَّجَ السُّلْطَانُ**)؛ للحديث السابق «**فالسلطان ولي من لا ولي له**»[2].

قلت: وإنما يزوج القاضي مَنْ هي حاضرة في عمله، فلو أذنت وهي في غير عمله لم يزوجها، وفيه شيء يأتي بيانه، وفي «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِيّ في باب التقاء القاضيين: ولا يجوز أن يكتب بتزويج امرأة في غير موضع عمله، قال جدي: وغلط من جوزه.

---

(١) في نسخة: (اختيار).

(٢) تقدم تخريجه.

....

تنبيه مهم: لا خفاء أن عصبات المعتق يزوجون عند فقده كما سبق؛ فلو وجد ولم يكن بصفة الولاية، فهل يزوج عصباته؟ كما إذا كان الأقرب من النسب كذلك؛ فإنه يزوج الأبعد أم لا يزوج عصبات المعتق إلا بعد فقده، ويخرج من كلام الأصحاب في ذلك خلاف، وكلام الرَّافِعِي هنا يقتضي أنهم يزوجون في حياته؛ فإنه قال: فإن لم يكن إذ لم يكن بصفة الولاية فهل يزوج كذلك فلعصباته، وصرح أيضًا في باب الوصايا: بأنه إذا قتل عبدًا أعتقه ورثه عصبات السيد في حياته، وعلى هذا ينطبق قول «المنهاج» من بعد، ومتى كان الأقرب ببعض هذه الصفات فالولاية للأبعد؛ لكن الْبَغَوي نقل في «فتاويه» عن القاضي الحسين أن الكافر إذا أعتق أَمَة مسلمة، وله ابن مسلم أن الابن لا يزوجها؛ بل السلطان، وكذلك نقله عنه فيما لو أعتق الكافر مسلمًا، وله ابن مسلم [فمات][1] العتيق في حياته لا يرثه الابن المسلم، وكذلك لو قتل المعتق عتيقه، وله ابن لا يرثه ابنه.

وصرح القاضي الحسين في باب الولاء بذلك، قال: وهكذا يقول في التزويج، ونص الشَّافِعِي على أن المرأة إذا أعتقت أمة، زوجها أبوها؛ بسبب [عصبة][2] الولاء، ونص فيما إذا أعتق رجل أمة فمات، وخلف ابنًا صغيرًا، وللابن الصغير جد أمه ليس للجد أن يزوج العتيقة.

قال الْقَفَّالُ: والفرق أن في مسألة المعتقة وقع اليأس من ثبوت الولاية لها فجعلت كالمعدومة فانتقلت الولاية إلى ابنها، وفي تلك المسألة لم يقع اليأس من ولاية الابن الصغير؛ بل هي منتظرة في حقه فافترقا، ونقل الرَّافِعِي في باب العاقلة عن الإمام، والْغَزَالِي أنه لا تضرب الدية على عصبات المعتق في حياته.

[قال الإمام: إنه أحق لهم في الولاء، بالولاء في حياته] فإذا مات انتشر الحق إليهم وصار الولاء لحمة كلحمة النسب.

قال الرَّافِعِي: وفي كلام غيره ما يفهم الارتقاء منه، وهو حي إلى عصباته،

---

(١) في نسخة: (فإن). (٢) في نسخة: (عصوبة).

....

وبه صرح صاحبا «الشامل» و«التتمة»، وغيرهما.

والملخص أن عند الْقَفَّالِ والقاضي الحسين لا يثبت الولاء لغيره في حياته، وهو قضية كلام الإمام والْغَزَالِيّ في العاقلة، وما ذكره الرَّافِعِي في النكاح، والوصايا، واقتضاه كلام «الشامل» و«التتمة» وغيرهما [في العاقلة] الثبوت إلا أن يقال: يُكتفى في الضرب على العاقلة بإمكان انتقال الولاء؛ وإن لم يكن وليًا في الحال بخلاف ولاية النكاح، وبالجملة فالمذهب المنصوص، والذي يقتضيه النظر أنه لا يزوج الأبعد مع حياة المعتق أو حياة من له الولاء من بعده من عصباته، وذكر العمراني أنه لو أعتق أمة، ومات عن ابن صغير وأخ لأب كبير، أنه لا يعلم فيها نصًا.

قال: والذي يقتضيه [المذهب][1] أن أخا المعتق يزوجها كما في النسب، وهو معذور فإن إطلاقاتهم تفهم ذلك؛ ولكنه خلاف النص، ولم أر له نصًا يخالفه.

فرع: ذكروا أنه لو أعتق أمة، وله منها ابن، وأراد أن ينكحها، فهل يزوجها منه ابنه؟ قال ابن الحداد: نعم، قال القاضي أبو الطيب: قال أصحابنا: غلط فيه؛ لأن المعتق وليها في هذه الحالة، وعلى مذهب الشَّافِعِي لا تنتقل الولاية إلى الأبعد، والأقرب من أهل الولاية؛ بل يزوجها الحاكم منه، قال: ومن أصحابنا من تعصب لابن الحداد، وصوبه، وقال: المعتق لا ولاية له في هذه الحالة؛ لأنه لا يملك تزويجها من نفسه فصار كما لو زالت ولايته بجنونه أو رقه أو فسقه، انتهى.

وهذا يؤيد كلام الرَّافِعِي، والعمراني والغزالي فيما تقدم، وأما الْقَفَّال فخطأ ابن الحداد معللًا بأن المعتق هو الولي الأقرب، ولا ولاية للابن معه، وإنما يزوجها منه السلطان، انتهى.

وفي «فروع ابن الْقَطَّان»: أعتق أَمَة، وأراد أن يتزوجها، فهل يجوز لعصبة

---

(١) في نسخة: (النظر).

وَكَذَا يُزَوِّجُ إِذَا عَضَلَ الْقَرِيبُ وَالْمُعْتِقُ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعَضْلُ إِذَا دَعَتْ بَالِغَةٌ عَاقِلَةٌ إِلَى كُفْءٍ وَامْتَنَعَ ....

السيد أن يزوجوها منه؟ قال بعض أصحابنا: يجوز، والصحيح: أنه لا يجوز؛ لأنهم يدلون [إليها] بالسيد، انتهى.

قال: (**وَكَذَا يُزَوِّجُ**) أي: السلطان.

(**إِذَا عَضَلَ الْقَرِيبُ**)، والمعتق؛ لأن التزويج حق عليهما؛ فإذا امتنعا [من وفائه] وفاه الحاكم، وهل يزوج الحاكم عند العضل بطريق النيابة عن الولي، أو بالولاية العامة، فيه خلاف، ومن ثمرته أنها لو كانت ببلد، وأذنت لحاكم بلد أخرى في تزويجها، والولي فيه، وقال في «الترغيب»: فائدته إذا زوجها بإذنها من غير كفء إن قلنا: ولاية، صح أو نيابةً لا يصح، انتهى.

إشارة: كان الأحسن أن يقول كما في «تهذيب المحرر»: إذا عضل الولي؛ ليشمل القريب.

(**وَالْمُعْتِقُ**) وعصبته، وكان الأحسن أيضًا أن تجتمع المواضع التي يزوج فيها السلطان، كغيبة الولي، وفسقه، وعدم أهليته جملة، حيث لا ولي بعده إلا الحاكم، وإذا أراد الولي نكاحها، ولا مساوي له في الدرجة، وتزويجه [المجنونة] البالغة عند فقد الأب، والجد؛ لأنه أضبط، وأخصر من تفريقها.

قال: (**وَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعَضْلُ إِذَا دَعَتْ بَالِغَةٌ عَاقِلَةٌ إِلَى كُفْءٍ، وَامْتَنَعَ**) العضل عن الكفء حرام على المشهور بناءً على وجوب الإجابة إليه على المنصوص المشهور، ثم قضية [قولهم: إن الحاكم يزوج أمةً غير كبيرة، وإلا لفسق به، وزوج الأبعد على الصحيح، وقضية] إطلاق المصنف أن القاضي يزوج عند العضل مطلقًا، وإن تكرر، وأطلق الجويني في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «خلاصته»، وغيرهما القول: بأن العضل فسق، وأنه لا تنقل الولاية إلى الأبعد، وجعلوه حجة لاختيارهم بأن الفاسق يلي، ولم يذكروا تكراره، وقال الشيخان: إنما يفسق به إذا عضل مرات، فلها فيما حكى بعضهم ثلاثًا، وحينئذٍ تنتقل الولاية إلى الأبعد إذا جعلنا الفسق سالبًا.

....

قلت: فيه نظر، وسيأتي في الشهادات أن المنصوص، وقول الجمهور: إن الفسق إنما يحصل بفعله المعاصي، [وكثرتها][(١)]، وأن الطاعات إذا كثرت، وغلبت لا تضر المداومة على نوع واحد من الصغائر، وإن تكررت المعصية مع غلبة الطاعات عليها، والفسق هنا ممن يرى أن الإصرار على نوع واحد من الصغائر [فسق] وهو وجهٌ سبق، الأصح خلافه، وأيضًا فالمعصية إنما تتحقق إذا بان لها أن منعه عن عنادٍ؛ إذ قد يكون عن عذر باطن، واجتهاد، وأغرب الديبلي فقال: وإن دعت إلى كفء فأبى الولي العقد دعاه القاضي، وقال له: اعقد فالحق لك؛ فإن لم يكن له حجة غير منعها عن النكاح، يقول [القاضي] بحضرة شهود: قد عزلته عن عقدها، ثم يعقد عقدها، ويكتب كتابًا، ويسلمه للخاطب بما جرى، ويشهد على ذلك؛ لئلا يدعي الولي بعد ذلك أني لم أعقد هذا العقد، ويريد إبطال النكاح، والغريب قوله: يقول القاضي: قد عزلته عن عقدها.

تنبيهات: [**منها**:] حصول العضل ذكره المصنف، قاله الرَّافِعِي، وسيأتي أن من خصال الكفاءة، النفي عن العيوب المثبتة للخيار، فعلى هذا لو دعته إلى من به عيب فامتنع لا يكون عاضلًا؛ لأنها لم تدع إلى كفء، وليس كذلك؛ بل إذا دعته إلى عنين أو مجبوب لزمه إجابتها، أو مجذوم أو أبرص أو مجنون فله الامتناع على الأصح، ويشبه أن يكون امتناعه من إجابتها إلى المفلس ليس بعضل، وإن لم يعتبر المال في الكفاءة.

ومنها: قضية كلام الْبَغَوي في «التهذيب»: أن العضل إنما يتحقق بالامتناع عند [القاضي][(٢)] بأن تحضر المرأة والزوج فيأمره القاضي فيمتنع أو يسكت، قال الرَّافِعِي: وهذا فيمن تيسر إحضاره عند القاضي، أما لو تعذر لتوارٍ أو عذرٍ فيثبت بالبينة كسائر الحقوق، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد ما يدل عليه، انتهى.

وفي «الحاوي» ما يوافق إطلاق «التهذيب»؛ إذ قال: وعلى الحاكم أن

---

(١) في نسخة: (وعلتها بأن).

(٢) في نسخة: (الحاكم).

وَلَوْ عَيَّنَتْ كُفُؤًا وَأَرَادَ الْأَبُ غَيْرَهُ فَلَهُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ.

يحضره، ويسأله عن سبب عضله؛ لكن الْبَغَوي [في «الفتاوى»] قال: إذا تعذر إحضاره بتمرد أو توارٍ، لو غاب يحكم بالعضل بالبينة.

قال: ويحتمل أن يحكم بالعضل بالبينة مع إمكان الإحضار، [والأول أصح يعني أنه لا بد من إحضاره عند تيسره.

ومنها: لو امتنع الولي عن الإجابة إلى] نكاح التحليل، قال بعض المتأخرين: إن امتنع للخروج من الخلاف أو لقوة دليل التحريم عنده فلا إثم؛ بل ربما يثاب على قصده، وأما تزويج الحاكم هنا لعضله ففيه نظر؛ لأنه بامتناعه عن نكاح التحليل لا يعد عاضلًا، ويؤخذ من هذا أنه لو كان الخاطب كفئًا عند الحاكم، غير كفءٍ عند الولي أن الحاكم لا يزوج؛ لعدم العضل، والخروج بالامتناع عن الأهلية ببعضه الحر أمة، قال: لا يجوز تزويجها عبدًا لرقه، فلا يعتبر.

قلت: وسياق كلامه يفهم أن السيد إنما يزوج أمته بالولاية، وقد قال في «التهذيب»: إن الصحيح أنه يزوج بالملك كالبيع والإجارة، وقضية ذلك الصحة هنا.

فرع: سألت كافرة لا ولي لها [القاضي] يزوجها، قال الْمَاوَرْدِيُّ: إن دعت إلى مسلم وجب أو معاهد يجبر كالحكم أو ذمي، فقولان، وقضية التشبيه بالحكم أنها لو دعت إلى مَنْ هو من غير ملتها أن تجب إجابتها قطعًا عند الجمهور كما سيأتي.

قال: **(وَلَوْ عَيَّنَتْ)** أي: البكر المجبرة.

(كُفُؤًا وَأَرَادَ الْأَبُ غَيْرَهُ فَلَهُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ) لأن نظره أكمل، ولو أجابها لصار مجبرًا، والثاني: يلزمه إجابتها إعفافًا لها.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو ظاهر نصه في «الأم»، وكأنه يريد قوله رضي الله عنه: فإن رآها تدعو إلى كفاءة لم يكن له منعها، وإن دعاها الولي إلى خير منه، وكذلك قال الرُّويَانِي في «الحلية»: إنه ظاهر المذهب، ويشبه أن يكون محل الخلاف

فَصْلٌ

لَا وِلَايَةَ لِرَقِيقٍ وَصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ ....

ما إذا كان معينه كمعينها، أو أكفأ أما لو كان معينها أكفأ؛ إذ فيه صفات زائدة مطلوبة؛ لأغراض صحيحة، كدين، ومال، وشباب، وعدم زوجة ونحوها، ولم ير الأب عدوله إلى معينة أصلح لها أو مساوٍ فلا معنى لبخس حظها، لا لمعنى معتبر، نعم؛ إن ظهر له أنه أصلح لها من وجه آخر فهذا محتمل، وسيأتي على هذا زيادة تقييد إطلاقه.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوي» أنه لو ملك البعض ببعضه الحر أمة لم يجز له تزويجها؛ لأنه لا ولاية لمن لم تكمل فيه الحرية أصلًا.

قال: ولا يجوز تزويجها أصلًا؛ لأنه بغير إذنه لا يجوز، وباب التزويج منسد عنه لرقه، فلا معنى لإذنه، ولو كان التزويج بإذنه لكونها ملكًا لبعضه لجاز أن يزوجها [قيل: ولو جاز التزويج بإذنه يكون ملكًا لنفقة؛ فجاز أن يزوجها].

قال:

(فَصْلٌ:

لَا وِلَايَةَ لِرَقِيقٍ)؛ لأنه مولى عليه مشغول عن النظر بسيده، وسواء المكاتب والمبعض والقن.

قال: **(وَصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ)** لأنهما لا يليان أمرهما فغيرهما أولى هذا في المجنون المطبق، أما المنقطع، ففيه وجهان الأشبه في «الشرح الصغير» والظاهر في «التذنيب» والأصح في «الكافي» و«التهذيب» وغيرهما، وظاهر نص «الأم» أنه لا يزيل الولاية؛ بل ينتظر إفاقته؛ لأنه يشبه الإغماء من حيث أنه يطرأ، ويزول وأصحهما في أصل «الروضة» من عند نفسه، وبه جزم «الوجيز»، وظاهر المذهب في «البسيط» و«النهاية» أنه يزوج الأبعد في حال جنونه.

إشارات: صوَّب الْبَغَوي وغيره المسألة فيما إذا كان يجن يومًا ويفيق يومًا، وكذلك القاضي الحسين وحكى الخلاف قولين، ولعل هذا ونحوه موضع الخلاف، أما لو كان لا يقع في العام إلا مرةً في يوم أو نحوه، فلا تسلب الولاية

وَمُخْتَلُّ النَّظَرِ بِهَرَمٍ أَوْ خَبَلٍ، وَكَذَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قطعًا؛ بل تنتظر إفاقته؛ وإذا قلنا: لا نزيل الولاية إلحاقًا له بالإغماء.

قال الإمام: فهذا كالغيبة فلنقس مدته بمدتها وفاقًا وخلافًا، وهذا على طريقته في الإغماء، وأما من أطلق فيه الانتظار، وإن طال فقياسه هنا كذلك هذا حكمه في حالة الجنون، وأما حالة الإفاقة فالمشهور، ولم يذكر الجمهور سواه أنه على ولايته، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ فيما إذا كان زمن الجنون أكثر وجهين: أحدهما: أنها لا تعود إليه اعتبارًا بالأغلب، قال: ولو كان وقت الإفاقة قصيرًا جدًّا لم يكن حال تقطع، وحكى وجهين فيما إذا بقي آثار من الخبل يحتمل مثلها من غيره على حدة الخلق.

قال: (**وَمُخْتَلُّ النَّظَرِ بِهَرَمٍ أَوْ خَبَلٍ**)[١] أي: أصلي أو عارض بعجزه عن الاختيار الأكفأ، وعدم العلم بمواضع الحظ فأشبه المجنون، وهذا يفهم أن المراد الاختلال [إلى] حمله أما لو حصل فيه اختلال يسير ونحوه، فإنه لا يقدح، وعبارة الكتاب محتملة؛ لأن اختلال النظر يصدق على الجميع.

قال: (**وَكَذَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأن الحجر عليه؛ لنقصه فلا يحسن أن يفوض إليه أمر غيره، وقيل: فيه وجهان: أحدهما: هذا، وثانيهما: يلي؛ لأنه كامل النظر في أمر النكاح، وإنما حجر عليه؛ لحفظ ماله، وفي «الحاوي» إن حجر عليه؛ لأنه لا يعرف موضع الحظ لنفسه، فلا ولاية له، وإن حجر عليه؛ لتبذيره ماله مع معرفته الحظ لنفسه، فوجهان، قال ابن سُرَيْج: له الولاية، وخالفه الجمهور، وإن كان السفيه غير محجور عليه، فوجهان قال ابن أبي هريرة: إنه كالمحجور عليه، والثاني: أنه باقٍ على ولايته، قال الشَّاشِي: وليس بصحيح.

[إشارة][٢]: أخرج بالسفه حجر المريض، وكذا حجر الفلس، وفيه وجه؛ بناءً على أنه حجر سفه في الحكم، وقضية كلامه أن السفيه غير المحجور عليه

(١) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٢٩/ ٤٩٦).
(٢) في نسخة: (فائدة).

وَمَتَى كَانَ الْأَقْرَبُ بِبَعْضِ هَذِهِ الصِّفَاتِ فَالْوِلَايَةُ لِلْأَبْعَدِ، ....

ولي، فأقول: إن كان فاسقًا فحكمه واضح، والأبلغ: مُهملًا محجورًا عليه حكمًا على المذهب، وهو داخل في كلامه، وإن سفه بعد رشده بما لا يفسق به؛ فإن أعدنا الحجر بلا إعادة، فذاك، وإلا ففي إنكاحه قبل إعادة الحجر وجهان، كسائر تصرفاته.

وقال ابن الرِّفْعَة: يحصل في السفه أوجه أصحها السلب مطلقًا وعكسه، وإن اتصل به الحجر سلب، وإلا فلا.

قال: **(وَمَتَى كَانَ الْأَقْرَبُ بِبَعْضِ هَذِهِ الصِّفَاتِ فَالْوِلَايَةُ لِلْأَبْعَدِ)** أي: لخروج الأقرب عن الأهلية فأشبه العدم، وهذا في المناسب لا شك فيه، وأما في المعتق وعصبته ففيه ما أسلفناه [واضحًا] عن النص والأصحاب.

فرع: زوج الأبعد لنقص الأقرب ثم اختلفا، فقال الأقرب: زوجت بعد تأهلي، فالنكاح باطل، وقال الأبعد: بل قبله، فالنكاح صحيح، قال الْمَاورْدِي: فلا اعتبار بهما، والرجوع فيه إلى قول الزوجين؛ لأن العقد لهما، فلم يقبل فيه قول غيرهما، وفي« الكافي» أنه لو زوجها الأبعد بعد تأهل الأقرب، ولم يعلم، فوجهان: أصحهما: لا يصح، وبناهما الْبَغَوي على الانعزال قبل العلم بالعزل، وكذلك الْمَاورْدِي في الفاسق؛ لكنه قيد الوجهين بما إذا لم تعلم المرأة ولا الزوج بالحال.

فرع: لا ولاية للخنثى، فلو زوج ثم قال: عقدته بعد زوال إشكال، قال السلمي: صح العقد؛ لأنه غير متهم في إقراره هذا فقبل، انتهى.

ورأيت في مصنف في «الحضانة» للقاضي أبي محمد ابن القاضي أبي حامد المروزي أن الخنثى إذا اتضحت ذكورته أو أنوثته بعلامة، فذاك، وإن لم توجد علامة واختار أحد الأمرين لينكح به ففي اعتباره في حكم الحضانة وجهان لأصحابنا:

أحدهما: لا يعتبر لتعلقه بحق الغير فجرى مجرى ولايته على النكاح التي قد لا يؤثر فيها اختياره لكونه رجلًا، وإن عمل عليه في نكاحه.

وَالْإِغْمَاءُ إِنْ كَانَ لَا يَدُومُ غَالِبًا انْتُظِرَ إِفَاقَتُهُ، وَإِنْ كَانَ يَدُومُ أَيَّامًا انْتُظِرَ، وَقِيلَ: لِلْأَبْعَدِ

والثاني: يعتبر ويعمل بقوله فيها سواء اختار ما يسقط الحضانة أو يثبتها، ولو استمر الإشكال، فهل يرجح على الذكر من الأقارب المقدم عليه لو كان أنثى؟ فيه وجهان، انتهى.

فاقتضى كلامه أنه لو كان أخًا واختار الذكورة ومعه عم أن ولاية التزويج للعم، ولم أره لغيره، والمتبادر المفهوم من كلام الأئمة خلافه.

قال: (**وَالْإِغْمَاءُ إِنْ كَانَ لَا يَدُومُ غَالِبًا انْتُظِرَ إِفَاقَتُهُ**) أي: ويكون كالنائم فلا يزوج غيره.

(**وَإِنْ كَانَ يَدُومُ أَيَّامًا انْتُظِرَ**) أي: إفاقته أيضًا؛ لأنه قريب الزوال كالنوم.

(**وَقِيلَ**): تنتقل الولاية.

(**لِلْأَبْعَدِ**) أي: كالجنون، وقال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: يزوج الحاكم نيابةً، وقال الإمام: [من عنده] إنَّا نعتبر المدة بالسفر، فإن كانت مدته مدة ينتظر فيها مراجعة الغائب، وقطع المسافة ذهابًا وإيابًا، انتظرت وإن زادت زوجها الحاكم في الحال.

وقال في «الترغيب»: ينتظر المغمى عليه مدة سفر العدوى أوالقصر على وجهين، وأخذه من «البسيط»، واختاره في «الوسيط» من عنده.

وأجاب به في «الوجيز» أن القاضي يزوج بعد ثلاثة أيام، إذا علمت هذا فقول المصنف: وإن كان لا يدوم غالبًا، ومشينا عليه، انتظر لشهر إلى شيء ذكره الإمام وتبعاه في «الشرح» و«الروضة» عليه.

قال الإمام: إن كانت غشيه من هيج الصفراء وكانت مدتها لا تدوم فلا مبالاة بها وسيتجلى عن قرب، ومن جملة ذلك الصرع، وقوله: وإن كان يدوم أيامًا إلى آخره، يقتضي تخصيص الخلاف بما إذا كان يدوم أيامًا فلو دام يومًا أو يومين انتظر قطعًا ولم تنقل الولاية للأبعد جزمًا، وليس كذلك؛ بل متى دام يومًا أو يومين أو أكثر جرى الخلاف، ولم أرَ وجهًا بانتقالها إن كان يدوم أيامًا، وعبارة الإمام: إن كان يدوم يومًا ويومين، وعبارة الرَّافِعِي: يومًا

وَلَا يَقْدَحُ الْعَمَى فِي الْأَصَحِّ.

ويومين، وأكثر صورها في «البيان» وغيره بما إذا كان يغمى يومًا ويفيق يومًا، وقضية كلام بعضهم ونقل القاضي الحسين عن ابن سُرَيْج أنه كالجنون مطلقًا ولهذا حُكِي في «البسيط» فيها ثلاثة أوجه. وكلام الكتاب يقتضي أن الصحيح انتظاره وإن كان يدوم شهرًا [مثلًا] لصدق أنه دام أيامًا، وهو قضية كلام من أطلق الانتظار بلا تحديد وهو غاية في البعد، ولا أظن من أطلق الانتظار كالبغوي وغيره أراد ذلك أصلًا، ويؤيده تعليل الْبَغَوي وغيره بأنه لا يدوم كالنائم ينتظر انتباهه، وهو قضية كلام الإمام فيتعين تقييد كلام المطلقين بما قاله الإمام؛ لأنه إذا تعذر عليها التزويج بغير الولي يزوج الحاكم مع صحة عبارة الغائب، فمع تعذر ذلك بإغمائه وانسلاب عبارته أولى، وهذا قياس جلي، فينزل الإطلاق عليه إلا أن يقال: طول الإغماء نادر بخلاف الغيبة.

فرع: إذا سكر غالطًا أو أفجر[1] كرهًا أو أكره؛ فكالمغمى عليه، واقتضى كلام الرَّافِعِي هنا أن الخلاف في تصرفات السكران المتعدي جاز في تصرفات غير المتعدي نصًا، وجزم في كتاب الطلاق أنه لا يقع طلاقه وفرض الخلاف في نفوذ تصرفات المتعدي فقط، وهو الوجه.

قال: (**وَلَا يَقْدَحُ الْعَمَى فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن السماع يفيد معرفة من فيه الحظ وإنما قدح في شهادته لتعذر التحمل، والثاني: يقدح؛ لأنه نقص يؤثر في الشهادة؛ فأشبه الصغير وأجرى سليم في «مجرده» وجماعة الخلاف في ذوي الحرف الدنية كالكناس ونحوه، قال: ويجري في أخرس له كتابة أو إشارة مفهمة، وقيل: لا يزوج قطعًا، وقضية نقل المصنف السالف أنه يزوج بالإشارة المفهومة بلا خلاف، والمذهب القطع بثبوت ولاية ذوي الحرف الدنية، وإذا جعلنا العمى قادحًا، فعن الإمام تنتقل الولاية إلى الأبعد، وعن «البحر» أنه وكَّل فإن لم يوكِّل زوَّج القاضي عنه، وحكى الْمَاوِرْدِي على هذا خلافًا في صحة وكالتي فيه، وتفقه الفارقي فقال: ينبغي أن يفصل، فيقال: إن رأت المرأة الزوج

---

(١) في نسخة: (أو اؤجر).

وَلَا وِلَايَةَ لِفَاسِقٍ عَلَى الْمَذْهَبِ.

ورضيت به جاز وجهًا واحدًا لقصة موسى مع شعيب عليهما السلام، وإن لم تره، ولم ترضه، لم يجز، وعلى هذا لا يزوجها إلا برضاها، انتهى.

وهذا غريب، وأغرب ابن الخفاف في «الخصال» فقال في كتاب البيع: إذا زوج الأعمى ابنته أو أمته، وكان قد شاهدها قبل العمى جاز، وكذا لو أجرها وكان قد شاهدها في صحته، انتهى.

وهذا عجيب، ومنه يخرج وجه ثالث في المسألة، وقياسه أنه لو زوج البصير بوليته قبل أن يراها، لم يصح، وهذا أبدع، نعم، يظهر أنه لو كان قد عرف الخاطب قبل العمى المعرفة التامة، ثم عمي أنه يصح عقده معه جزمًا؛ لانتفاء المعنى المذكور؛ علة لوجه السلب.

قال: **(وَلَا وِلَايَةَ لِفَاسِقٍ عَلَى الْمَذْهَبِ)** لحديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه ﷺ قال: «**لا نكاح إلا بولي مرشد**»[١] رواه الشَّافِعِي في مسنده بسندٍ صحيح.

قال الإمام أحمد: إنه أصح شيء في الباب ولايةً[٢] يعني يقدح في الشهادة فمنع الولاية كالرق، قال الرَّافِعِي في «شرحه»: وقد تنبه الْمَاورْدِي وغيره أنه ظاهر مذهب الشَّافِعِي، وقال الشيخ أبو حامد والْمَاورْدِي والعمراني وغيرهم: إنه المشهور من قوله، قال أبو الطيب في«مجرده»: نص عليه في «البويطي»، ولا تعرف هذه المسألة في غيره من الكتب، وقال غيره: إنه ظاهر نص «الإملاء»، وبه قطع معظم العراقيين، ونسبه في «الشامل» إلى الأكثرين، وأما قول إمام الحرمين: ظاهر نصوص الشَّافِعِي في الكتب الجديدة والقديمة أنه يلي، فغريب، وللأصحاب في المسألة طرق منتشرة أشهرها: أن المسألة على قولين: أظهرهما: المنع، وثانيهما: يلي؛ لأن الفسقة لم يمنعوا من التزويج في عصر الأولين، واختاره الْبَغَوي والرُّويَانِي.

---

(١) أخرجه الشافعي (١٠٠٠) والبيهقي (٧/ ١٢٤، رقم ١٣٤٩١). والطبراني في الأوسط (١/ ١٦٧، رقم ٥٢١)، والضياء (١٠/ ٢١٣، رقم ٢٢٣).

(٢) في نسخة: (ولأنه معنى يقدح).

....

قال الرَّافِعِي: وبه يقول أكثر المتأخرين في عصر الأولين لا سيما الخراسانيون، وقال الرُّويَانِي في «الحلية»: لا ولاية لفاسق في أظهر القولين، واختار أصحابنا القول الآخر، وبه يقول مالك وأبو حنيفة وهو الاختيار؛ لأنه لم يخل عصرٌ من الأعصار من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا من الفساق خاصةً من الأعراب في البوادي والأكراد في البراري والترك في الصحاري، والهند في الآفاق، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من الصحابة والتابعين منعهم من تزويج البنات، مع وجوب الاحتياط في الإرضاع هذا لفظه - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - وجمع جامع في المسالة عشر طرق وزاد غيره ثلاثةً أخرى فيها نظر ولا يطيل بذكرها، والمختار من ذلك جميعه قول الْغَزَالِيّ: إنه لو كان يحنث لو سلبناه الولاية؛ لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه [به] ولي وإلا فلا.

قال في «الروضة»: وهذا حسنٌ، وينبغي أن يكون العمل به وممن أفتى بأن القريب الفاسق يلي مطلقًا شيخ الإسلام ابن عبد السلام قال: لأن الوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي، قال الْغَزَالِيُّ في جواب سؤال طويل أوردته في «الغنية»: وهو القياس الصحيح ولا سبيل إلى الفتوى بغيره؛ إذ الفسق قد عمَّ العباد والبلاد وإلى هذا أشار الشيخ أبو عمر بن الصلاح؛ حيث سئل عن ولي فاسق شارب للخمر هل يزوج؟ فأجاب: لا يتولى ذلك إلا الآمرين الفاسقين؛ فالولي الحاضر أولى، هذا أصح ما يقال في هذا، وللغزالي مسألة في ولاية الفاسق يحتج فيها بأنه لو سلبها وليها المناسب لصار أمرها إلى فاسق أيضًا في هذه الأزمنة، وهذا التخصيص بهذه الحالة يشبه قول من قال من أصحابنا: إن ذوي الأرحام في هذا الزمان يرثون لفساد من يتولى بيت المال، انتهى.

وبصحة تزويج القريب الفاسق أفتي من سنين؛ لما ذكره الْغَزَالِيُّ وابن عبد السلام وغيره ولا يختلج في صدرك سواه، وليس هذا بمخالف للمشهور عن العراقيين والنص والحديث؛ بل ذاك عند وجود الحاكم العدل المرضي العالم الأهل وأما غيره من الجهلة والفساق فكالعدم كما صرح به الأئمة في الوديعة وغيرها.

....

تنبيهات: قال في «البسيط»: تبعًا لإمامه، مستور الحال ولي قطعًا.

قال الإمام: وقد أطبق الخلق على معاملة أولياء الأطفال، وإن لم تظهر عدالتهم عند الحاكم ولم يخرجوه على الخلاف في انعقاده بالمستورين.

وفي «فتاوى ابن الصلاح»: إن الصحيح أن المستور الظاهر العدالة يلي ويصح تزويجه بشرطه، فأشار إلى إثبات خلافه في المستور، وأن محل الوفاق في البارز العدالة، ويشير إلى ذلك قول ابن داود شارح «المختصر».

قال الشَّافِعِي: في رواية «البويطي أراد المرشد في هذا الحديث فعن حديث ابن عباس فالمرشد بالعدل، وهذا يفهم أنه لا بدَّ من ظهور العدالة، وإن لم يكن عند الحاكم؛ لكن الذي رأيته في «مختصر البويطي» لا ولاية إلا لبالغ رشيد، وقال بعده بقليل: ولا يكون الولي إلا مرشدًا، ولم نرد، ولعله ذكره في مواضع أُخَر ونسخ كتاب البويطي تختلف وكذلك يختلف النقل عنه كثيرًا، فاعلم.

وفي «فروع ابن الْقَطَّان» ما لفظه اعتبار العدالة في الولي أن تقبل شهادة مثله فيما [بينا ولسنا نعتبر قبول الحاكم لها] ساق كلامه كالمصرح باعتبار ظهور العدالة، الثاني: يستثنى من إطلاق المصنف، وغيَّره الإمام الأعظم إذا قلنا: لا يعزل بالفسق ففي تزويجه لبناته وبنات غيره بالولاية العامة، وجهان: أصحهما: يزوج، قاله الشيخان تبعًا للبغوي وقولهم بالولاية العامة متعلق لبناته وبنات غيره بالولاية، فعلى هذا إنما يزوج بنته ونحوها بالولاية العامة إذا لم يكن لها ولي إلا السلطان، وقد بينه الْمُتَولِّي بقوله: إن قلنا: لا ولاية لفاسق.

قال أصحابنا: لا يزوج ابنته، أي: بالولاية الخاصة؛ ولكن يزوج الأيامى من المسلمين؛ لأن تزويج البنت بالقرابة والفسق تبقى ولاية القرابة وولاية الأيامى بالسلطنة، والفسق لا ينافي ولاية السلطنة وهو مطابق لكلام الْبَغَوي والرَّافِعِي، فإنَّ ما نفاه الْمُتَولِّي هو تزويجه، فالولاية الخاصة لا العامة كما فهمه ابن الرِّفْعَة في «كفايته» عنه.

وَيَلِي الْكَافِرُ الْكَافِرَةَ.

فائدة: إذا سلبنا الولاية بالفسق ولم يكن بعد إلا المعتق، يزوج[(١)] السلطان دونه كما اقتضاه كلام المحاملي وغيره، وهو واضح وقد يغفل عنه.

قال: **(وَيَلِي الْكَافِرُ الْكَافِرَةَ)** أي: على الصحيح المنصوص، وهذا إذا كان لا يرتكب محظورًا في دينه فإن ارتكبه فكتزوج المسلم الفاسق بنته، قاله الرَّافِعِي، وعبارة كثيرين: يشترط أن يكون عدلًا في دينه وعن الْحَلِيمِي أن الكافر لا يلي، وأن المسلم إذا أراد نكاح ذمية زوجها منه الحاكم، والمذهب: الأول، نعم، اختلاف الدين يمنع الولاية في الجملة فلا يزوج المسلمة قريبها، ولا معتقها الكافر قطعًا، ولا سيدها على الأصح كما لا يزوج الكافرة قريبها ولا معتقها المسلم؛ بل الأبعد الموافق لها في الدين فإن لم يكن فقاضينا؛ فإن لم يكن هناك قاضٍ فعن إشارة صاحب «التقريب» جواز نكاح الكافرة من قاضيهم، والظاهر: المنع، وبه جزم الشيخ أبو محمد وغيره، والمراد أنه لا يجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيهم كما صرح به في «الترغيب» وأما الكافرة فليس الكلام فيه؛ فإن المذهب: صحة أنكحتهم سواء صدرت من قاضيهم أو من غيره.

إشارة: قد يفهم من لفظ المصنف أن المسلم لا يزوج كافرة بحال، وليس كذلك؛ بل يزوج أمته وأمة موليته، وأمة ولده الصغير ونحوه، ويزوج السلطان مَن لا ولي لها غيره بعموم الولاية، وكذا من عضلها وليها، صرح به في «البيان» في كتاب الصداق.

فرع: هل يزوج اليهودي النصراني وبالعكس أم لا؟ قال الرَّافِعِي: يمكن أن تلحق بالميراث، ويمكن المنع؛ لأن الاختلاف منشئًا للعداوة، وسقوط النظر، انتهى.

والمنقول في «الحاوي» الأول حتى قال: لو كان موافقها ومخالفها في درجة كانا سواء، وبناه الْمُتَوَلِّي وغيره على أن الكفر ملة أو ملل، إن قلنا:

---

(١) في نسخة: (زوج).

وَإِحْرَامُ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوْ الزَّوْجَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ، ....

ملة، زوّج، وإلا فلا، وبهذا يظهر لك أن الصحيح أنه لا يمنع، وأن العداوة لا تمنع الإجبار خلافًا لابن الْقَطَّان وغيره كما سبق.

قال: (**وَإِحْرَامُ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوْ الزَّوْجَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ**) أي: سواء كان بحج أو عمرة فرضًا أو نفلًا، ولو كان إحرامًا فاسدًا على الأصح؛ لقوله ﷺ: «**لا يَنْكَحُ المحرم، ولا يُنْكَحُ**»[١] رواه مسلم.

وإذا حصل التحلل الأول من الحج ففي إباحة العقد قولان سبقا، ولا فرق بين محرم ومحرم على الأصح عندهما، وقيل: يستثنى الإمام الأعظم والقاضي، وقيل: الإمام فقط، هكذا روى جماعة ثلاثة أوجه، وبالفرق أجاب جماعة، وادعى ابن كج في كتاب الحج وشيخه ابن الْقَطَّان أن الإمام يزوج في إحرامه بلا خلاف، وخصا التزويج بالقاضي، وهذا في التزويج بالولاية العامة، أما الخاصة فهو فيها كغيره، وفي «الحاوي» أنه لا يزوج المسلمة؛ لأنه وليها، وفي تزويجه الكافرة وجهان؛ لأنه يزوجها بحكم يجري مجرى سائر أحكامه في إحرامه، وهذا الكلام يخرج منه وجه رابع.

تنبيه: كان ينبغي أن يقول المصنف: أو أحد الزوجين؛ فإن الظاهر أنه لو أحرم الصبي بإذن وليه الحلال أو العبد بإذن سيده الحلال فعقد على ابنه أو عبده جبرًا حيث نراه أو بإذن سابق لم يصح، كما ذكره في «الروضة».

فرع: لو أذن المحرم لعبده الحلال في النكاح، قال القاضي أبو الطيب في الحج من «تعليقه»: حكى ابن المرزبان عن ابن الْقَطَّان أن الإذن باطلٌ، قال: قيل لابن الْقَطَّان فالمحرمة إذا أذنت لعبدها فيه، قال: لا يجوز كالمحرم

---

(١) أخرجه مالك (١/ ٣٤٨، رقم ٧٧٢)، والطيالسي (ص ١٣، رقم ٧٤)، والدارمي (٢/ ١٨٩، رقم ٢١٩٨)، ومسلم (٢/ ١٠٣٠، رقم ١٤٠٩)، وأبو داود (٢/ ١٦٩، رقم ١٨٤١)، والنسائي (٦/ ٨٨، رقم ٣٢٧٥)، وابن ماجه (١/ ٦٣٢، رقم ١٩٦٦)، وابن خزيمة (٤/ ١٨٣، رقم ٢٦٤٩)، وابن الجارود (ص ١١٦، رقم ٤٤٤)، وابن حبان (٩/ ٤٣٤، رقم ٤١٢٥) والشافعي (١/ ١٨٠)، والحميدي (١/ ٢٠، رقم ٣٣)، وأحمد (١/ ٥٧، رقم ٤٠١)، والدارقطني (٢/ ٢٦٧).

وَلَا يَنْقُلُ الْوِلَايَةَ فِي الْأَصَحِّ، فَيُزَوِّجُ السُّلْطَانُ عِنْدَ إِحْرَامِ الْوَلِيِّ، لَا الْأَبْعَدُ.

قُلْت: وَلَوْ أَحْرَمَ الْوَلِيُّ أَوْ الزَّوْجُ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ الْحَلَالُ لَمْ يَصِحَّ، وَالله أَعْلَمُ.

سواء، قال ابن المرزبان: وفي المسألتين عندي نظر.

قلت: وقياس قول ابن الْقَطَّان أنه لو أذن المحرم للسفيه الحلال في النكاح لم يصح، وكان المأخذ أن المحرم ساقط العبارة في النكاح جملة.

فرع: قال الدارمي: لو زوجها وليها، وعنده أنها قد حلت من غير يقين، فوجهان، أو زوجه الوكيل، ولم يعلم، أو زوجه وهو محرم أو حلال، فوجهًا.

قلت: وينبغي أن يكون الأصح في الأولى المنع، وفي الثانية: الصحة عملًا بالأصل فيهما. وفي «فتاوى القاضي الحسين»: لو وكّل بتزويج ابنته فزوجها الوكيل، ثم بان موت الموكل، ولا ندري أمات بعد العقد أم قبله؟ فخرجها على وجهين؛ بناءً على تقابل أصلين: أحدهما: أن الأصل عدم النكاح، والثاني: الظاهر بقاء الحياة، انتهى.

قلت: والأحوط تحديد العقد؛ للشك في الشرط.

قال: (**وَلَا يَنْقُلُ الْوِلَايَةَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الأكثرين؛ لبقاء الرشد، والنظر، وعلى هذا (**فَيُزَوِّجُ السُّلْطَانُ عِنْدَ إِحْرَامِ الْوَلِيِّ، لَا الْأَبْعَدُ**) أي: كما لو غاب، والثاني: قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: وهو الذي يظهر رجحانه أنه ينقلها إلى الأبعد كالجنون.

قال: (**قُلْت: وَلَوْ أَحْرَمَ الْوَلِيُّ أَوْ الزَّوْجُ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ الْحَلَالُ لَمْ يَصِحَّ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: لعجز الموكل عنه فلا يملكه فرعه، وشذ الْغَزَالِيُّ فحكى في «الوجيز» فيه وجهين، ولم أرَ له ذكرًا في كتب الأصحاب ولا في «الوسيط» ولا «النهاية»، قال ابن الرِّفْعَة: ولم يرد خلافًا محققًا؛ لأن عبارته: وإن كان الأظهر أن الوكيل لا يتعاطى، فيكون مقابل الأظهر احتمالًا وقع في نفسه، وأيَّد ذلك بمواضع من كلامه، وقال: إنه وقع في عبارة القاضي الحسين مثل عبارة الْغَزَالِيّ يعني قوله: ظاهر المذهب أنه لا يزوج؛ لكن القاضي ذكر عند الكلام على الأولياء من التعليق أنه لا خلاف أن الوكيل لا يملك التزويج مادام الموكل محرمًا.

وَلَوْ غَابَ الْأَقْرَبُ إِلَى مَرْحَلَتَيْنِ زَوَّجَ السُّلْطَانُ، وَدُونَهُمَا لَا يُزَوِّجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

فرع: إذا قلنا: إن الإمام لا يزوج في حال إحرامه ففي قضاته المحلين وجهان في «الحاوي»، وقال المحاملي: ذكر بعضهم أن الصحيح عدم الفرق بين الإمام والقاضي، قال: وهو خطأ من قائله على المذهب؛ لأن الإمام إذا امتنع من التزويج لم يجب أن يمتنع خلفاؤه؛ لأنهم منصوبون لمصالح المسلمين، ألا ترى أنهم لا ينعزلون بموته؟!.

قلت: وفيه وجهان يأتيان في الحاصل، في القاضي أوجهًا: منها: التفصيل، وفيه كلام للمحاملي أنه المذهب.

قال: (**وَلَوْ غَابَ الْأَقْرَبُ إِلَى مَرْحَلَتَيْنِ زُوَّجَ**) أي: لا، الأبعد على أصح الأوجه؛ لأن الغائب ولي، وقيل: يزوج كالجنون، وحكى قولًا، وقيل: إن كان من كبراء الناس اشترط مراجعته، وإن كان من التجار، وأوساط الناس فلا.

قلت: ويجيء مما سبق وجه فارق بين أولياء النسب، وأولياء الولاء، فيزوج (**السُّلْطَانُ**) عند غيبة الولي، وإن لم يزوج على رأي عند غيبة المناسب؛ لما سبق.

قال: (**وَدُونَهُمَا لَا يُزَوِّجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه كالحاضر، وحكى عن نصه في «الإملاء»، والثاني: يزوج؛ لأنه قد يفوت الخاطب فيتضرر بذلك، وهو ظاهر «المختصر»، ورجَّحه جماعة من العراقيين كالشيخ أبي حامد، والمحاملي والعمراني، وقال: وإنه المذهب، والتعبير عن هذين بالقولين أشبه؛ إذ الأول نصه في «الإملاء» كما نقله الشيخ أبو حامد، وغيره، والثاني: ظاهر نص «المختصر»، والثالث: أنه إن كان فوق مسافة العدوى لم يراجع، وإلا روجع، ويجيء الوجه الثالث في الصورة الأولى هنا، وأولى؛ بل يقوى القول به؛ لأن ذلك ربما جرّ فسادًا، أو فتنة، وحيث قلنا: يزوج الحاكم، فأحب الشَّافِعِي أن يحضر عصباتها، وذوي الحرم [من أهلها] ويسألهم عن الخاطب، ويستشيرهم فيه، فإن ذكروا كفاه بحث ذلك، وعمل

....

بما يقتضيه النظر، وإن لم يعرفوه نعرف حاله من غيرهم.

قال أبو إسحاق: يستحب أن يرد العقد إلى أقرب عصباتها دون الغائب؛ ليخرج من الخلاف، وهذا أحسن، فإن قلت: لو فقد الأقرب فلم يعلم [إمكانه] ولا حياته، ولا موته.

قلت: يزوج القاضي كالعضل ما لم يحكم بموته فيزوج الأبعد، وفي «البسيط» إذا غاب غيبة منقطعة، وانقطع الخبر، وعسر البحث فلا بد من تزويجها، ويعتمد القاضي قولها: إن الولي لم يزوجها في غيبته بإذن أو غير إذن، وإن أراد تحليفها احتياطًا فله ذلك، وكل تحليف لا يتعلق بدعوى، وإنما هو احتياطًا ففي كونه مستحبًا أو مستحقًا خلاف يأتي في موضعه، انتهى.

ولو علم مكانه، وتعذر الوصول إليه؛ لخوف الطريق أو فتنة ففي الجيلي عن «الحلية»: أنه يزوج القاضي من غير مراجعة في أصح الوجهين، فإن صحَّ النقل والترجيح، وجب تقييد إطلاق «المنهاج» والظاهر أنه لو كان في البلد في سجن السلطان، ولا يمكن الوصول إليه بحال أن القاضي يزوج؛ فإن قلت: لو زوج القاضي للغيبة، ثم قدم الولي بعد العقد بحيث يعلم أنه كان قريبًا من البلد حالة العقد.

قلت: لم يصح النكاح، وبان فساد العقد، قاله الْبَغَوي، وكذا قاله القاضي الحسين إذا قال: كنت في البلد، وأقام بينة بذلك يفرق القاضي بينهما، وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنه لو زوجها الحاكم على ظن ألا ولي لها، ثم بان أن لها وليًا على ثلاث فراسخ لم يصح النكاح.

فرع: الأصح في «الروضة» تصديقها في غيبة الولي، وعدم المانع، ولا يشترط شاهدين خبيرين بالباطن، وفي النفس منه شيء؛ لفساد نسب الزمان، ويجوز أن يفرق بين الغريبة وغيرها، وأوَّلوا نص الشَّافِعِي على أنها تقيم البينة على خلوها، وحملوه على الاستحباب والاحتياط. وفي «أدب القضاء» للدبيلي أنه لو جاءت امرأة غريبة إلى القاضي فقالت: كان لي زوج في بلد

وَلِلْمُجْبِرِ التَّوْكِيلُ فِي التَّزْوِيجِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الزَّوْجِ فِي الْأَظْهَرِ،

فطلقني ثلاثًا أو مات فاعتددت منه، فزوجني من هذا الرجل؛ فإنه يقبل قولها، ولا يمين عليها ولا بينة؛ لأنها مالكة لأمرها فلا تمنع من التصرف في نفسها بعقد التزويج، فإن كانت صادقة فذاك، وإن ورد زوجها، وصحح التزويج وحلف أنه لم يطلقها فسخ النكاح وردت عليه بعد العدة إن جرى دخول، وقلنا: صح التزويج؛ لأن إقرارها بعد عقد الثاني عليها لا يسمع.

وكل امرأة قالت: لا ولي لي، يجب قبول قولها، وإن كنا نعلم أن ما تخلو امرأة من ولي في الغالب، فلا يلزم مطالبتها ببينة بموت أبيها أو جدها، وكذا في سائر الأولياء، وكذلك لو قال: هذه الأمة اشتريتها من فلان جاز شراؤها منه، ولم يجز أن يقال: قد اعترفت أنها كانت لفلان فصحح شراءك منه، فكذلك لا يقال للمرأة: صححي طلاق [زوجك][١] أو موته؛ بل يعقد لها، فأما إن كان الزوج في البلد، وليست بغريبة، وتدعي الطلاق أو الموت، فلا يعقد الحاكم [النكاح] حتى يصح ذلك.

قلت: وهذا غير[٢] ما أشرت إليه، ولله المنة، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم في كل زوج [يكون] بمسافة لا يحكم على الغائب فيها، ولا تسمع الدعوى إلا بعد إعلامه؛ لأنه حاضر حكمًا.

قلت: ونقلا في أواخر الدعاوى عن «فتاوى» الْبَغَوي بلا مخالفة أنه إذا حضر رجل وامرأة عند القاضي، وطلبت تزويجها منه، وذكرت أنها زوجة فلان، وطلقها[٣] أو مات عنها فلا يزوجها القاضي ما لم تثبت عنده حجة على الطلاق أو الموت؛ لأنها أقرت بالنكاح لفلان، وهو بإطلاقه يشمل الغريبة وغيرها.

قال: (**وَلِلْمُجْبِرِ التَّوْكِيلُ فِي التَّزْوِيجِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا**) أي: على الصحيح المنصوص في «الأم»؛ لاستقلاله به، وقيل: يحتاج إذنها، وزيف.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الزَّوْجِ فِي الْأَظْهَرِ**) وقيل: الأصح؛ لأنه يملك

(١) في نسخة: (طلاقه).
(٢) في نسخة (عين ما أشرت إليه).
(٣) في نسخة: (فطلقها).

وَيَحْتَاطُ الْوَكِيلُ فَلَا يُزَوِّجُ غَيْرَ كُفْءٍ، ....

التعيين فيملك الإطلاق كالبيع، وشفقته تحمله على توكيل من يثق بنظره، والثاني - وصححه الفارقي والجرجاني -: يشترط التعيين؛ لاختلاف الأغراض، وانتفاء شفقة الوكيل الداعية إلى حسن الاختيار.

قلت: وهذا التوجيه يشعر بأنه لو كان الوكيل جدها مثلًا، أنه لا يجب التعيين قطعًا؛ لكمال شفقته كالأب؛ ويجوز أن يجري فيه طريقان مما سيأتي، وكنت أود لو قيل: إن كان الوكيل عالمًا بمواضع الحظ، والمصلحة، عارفًا بما يعتبر في الزوج من خصال الكفاءة، كفى الإطلاق، وإلا فلا؛ بل لو قيل: إن الخلاف في العالم فقط لم يبعد، ولو أذنت من يعتبر إذنها للولي في تزويجها ففي اشتراط التعيين الخلاف، وقيل: لا يشترط التعيين قطعًا؛ لاعتبار الولي بمراعاة الحظ لها.

تنبيهان:

الأول: رأى الإمام تخصيص الخلاف، وإن أطلقوه بما إذا لم ترض بترك الكفاءة، فإن رضيت بتركها، ولم يطلب الحظ، قال: فلا معنى للتعيين.

الثاني: سبق في الوكالة أنه لو وكله أن يزوج له امرأة، ذكرنا قوله في «الروضة»: إن الأصح أو الصحيح اشتراط التعيين، وذكر اضطراب كلامه في ذلك، والذي يظهر أنه إذا اشترط التعيين في توكيله لنفسه أن اشتراطه في التوكيل؛ ليزوج موليته أولى.

قال مفرعًا على الأظهر: **(وَيَحْتَاطُ الْوَكِيلُ)** أي: وجوبًا.

(فَلَا يُزَوِّجُ غَيْرَ كُفْءٍ) أي: ولأمته، وهناك أكفأ منه، فلو فعل لم يصح على المشهور؛ [التقصيره] ولأن الطلاق مقيد بالكفء، والأحظ، وقيل: يصح، ولها الخيار، فإن كانت صغيرة فحين تبلغ، واعلم أن من لا يعلم الكفاءة ما هي؟ كيف يحتاط في طلبها؟

وظاهر كلام المصنف والمتبادر منه أنه لو زوج كفئًا مع وجود أكفأ منه أن يصح، وليس كذلك؛ بل الحكم ما ذكرناه.

وَغَيْرُ الْمُجْبِرِ إِنْ قَالَتْ لَهُ: وَكِّلْ وَكَّلَ، وَإِنْ نَهَتْهُ فَلَا، وَإِنْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي فَلَهُ التَّوْكِيلُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ وَكَّلَ قَبْلَ اسْتِئْذَانِهَا فِي النِّكَاحِ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الصَّحِيحِ،

قال: (**وَغَيْرُ الْمُجْبِرِ إِنْ قَالَتْ لَهُ وَكِّلْ وَكَّلَ**) إذا أذنت له في التزويج والتوكيل، فله كل واحد منهما، وإن قالت: وكِّل، ولم تزد فله التوكيل قطعًا، وله أن يزوج بنفسه على الأصح، وعبارة المصنف تشير[١] بالمنع، ويشبه أن الوجهين فيما إذا لم تدل قرينة ظاهرة على إكرامها له وصيانته عن مباشرة العقد بنفسه.

قال: (**وَإِنْ نَهَتْهُ فَلَا**) أي: إذا أذنت له [في تزويجها][٢] ونهته عن التوكيل فيه لم يوكل؛ عملًا بإذنها، قالا في «النهاية» و«التهذيب»: بلا خلاف، ويخرج من كلام «الحاوي»، وغيره، [وفيه وجهٌ يصح] ويلغوا النهي.

قال: (**وَإِنْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي فَلَهُ التَّوْكِيلُ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه بعد الإذن متصرف بالولاية فأشبه القيم والوصي، والثاني: لا؛ لأنه متصرف بالإذن فأشبه الوكيل.

قال: (**وَلَوْ وَكَّلَ قَبْلَ اسْتِئْذَانِهَا فِي النِّكَاحِ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لأنه لا يملك العقد بنفسه حينئذٍ فكيف يوكل غيره فيه؟ والثاني: يصح التوكيل؛ لأنه [لا يملك العقد بنفسه حينئذ فكيف يوكل غيره فيه، والثاني يصح التوكيل لأنه] يلي تزويجها بشرط الإذن فله تفويض ماله إلى غيره، فعلى هذا قالا تبعًا «للتهذيب»: يستأذنها الولي أو الوكيل للولي، ولا يجوز أن يستأذن لنفسه، وقضية كلام القاضي الحسين، والْمَاوَرْدِيّ، والْمُتَوَلِّي الجواز، وهو[٣] الأوجه؛ لأنه قد صح التوكيل من الولي؛ وناب الوكيل منابه، فلم يبق إلا إذنها له، وقال الدارمي: وإذا وكل غير المجبر قبل أن تأذن فعلى وجهين: أحدهما: لا يجوز، نص عليه، والثاني: يجوز، وقيل: لا يصح حتى يستأذن الجميع، وقيل: مَنْ لايجبر لا يوكل إلا بإذنها، وغيرها يجوز، انتهى.

فرع: في تعيين الزوج لوكيل غير المجبر عند إطلاق الإذن، الوجهان في المجبر ولو عينت في إذنها شخصًا للولي فلا بُدَّ من تعيينه للوكيل فلو أطلق

---

(١) في الأصل: (تشعر). (٢) في نسخة: (أن يزوجها). (٣) في نسخة: (هذا).

وَلْيَقُلْ وَكِيلُ الْوَلِيِّ: زَوَّجْتُك بِنْتَ فُلَانٍ، وَلْيَقُلْ الْوَلِيُّ لِوَكِيلِ الزَّوْجِ: زَوَّجْت بِنْتِي فُلَانًا، فَيَقُولُ وَكِيلُهُ: قَبِلْت نِكَاحَهَا لَهُ.

فصادقه لم يصح، قال الإمام: على الأظهر عندنا؛ لفساد التفويض.

فرع: إذا لم يكن ولي سوى الحاكم فأمر رجلًا بتزويجها قبل استئذانها، صح إن قلنا: إن استنابته في شغل معين استحلاف، وإلا فلا يصح على الأصح كوكيل الولي، قاله الْبَغَوِي في «فتاويه».

قال: (**وَلْيَقُلْ وَكِيلُ الْوَلِيِّ زَوَّجْتُك بِنْتَ فُلَانٍ، وَلْيَقُلْ الْوَلِيُّ لِوَكِيلِ الزَّوْجِ زَوَّجْت بِنْتِي فُلَانًا، فَيَقُولُ وَكِيلُهُ قَبِلْت نِكَاحَهَا لَهُ**) للمتعاقدين بالوكالة أحوال: إما أن تكونا وكيل الولي والزوج أو بالعكس أو وكيلين من الطرفين.

الأولى: أن يكون وكيل الولي، والخاطب لنفسه، فيقول الوكيل: زوجتك بنت فلان، أو زوجت بنت فلان منك، فيقبل الزوج القبول المعتبر.

الثانية: أن يكون الولي ووكيل الزوج، فيقول وكيله: قبلت نكاحها، هذا هو المعروف، وفي «البحر» وجهٌ: أنه إذا قال: زوجت بنتي منك [للخاطب] الذي وكلك أنه يصح، وله وجه مع غرابته، ولو لم يقل الوكيل له فعلى الوجهين في ما لو قال الزوج: قبلت، ولم يقل: نكاحها مثلًا، قالاه تبعًا للقاضي الحسين والْبَغَوي.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن يرتب عليه، فإن قلنا: لا يصح من الزوج، فمن الوكيل أولى، وإلا فوجهان، ولو اقتصر على قوله: قبلت، فقد بينه الإمام والرُّويَانِيّ على اقتصار الزوج على ذلك إن صححنا ذلك ففي هذا وجهان.

تنبيه: لو قال وكيل الزوج أولًا: قبلت نكاح فلانة منك لفلان، فقال وكيل الولي: زوجتها من فلان، قالا: هنا جاز، ولو اقتصر على قوله: زوجتها، ولم يقل من فلان فعلى الخلاف السابق، انتهى.

وسبق غير مرة عن الإمام [وغيره أن القبول ما لا يصح الابتداء به، وربما اقتضى كلامهما في باب الهبة وغيره موافقته] ونسب لذلك ابن الرِّفْعَة الرَّافِعِي في الحكم بالصحة إلى الغرابة.

وَيَلْزَمُ الْمُجْبِرَ تَزْوِيجُ مَجْنُونَةٍ بَالِغَةٍ وَمَجْنُونٍ ظَهَرَتْ حَاجَتُهُ، لَا صَغِيرَةٍ وَصَغِيرٍ.

وفي «فتاوى الْقَفَّال» ما يوافق رأي الإمام، ونقله ثقةٌ عن كلام أبي الحسن الجوري من متقدمي أئمتنا، فالرافعي مقتفٍ للبغوي.

الثالثة: أن يكونا وكيلين، فيقول وكيل الولي: زوجت بنت فلان من فلان، فيقول وكيل الزوج: قبلت نكاحها له، ولا يصح البيع بهذه الصيغة، ويقول ولي الزوجة في تزويجها من ابن الخاطب: زوجت فلانة من ابنك، فيقول الأب: قبلت النكاح لابني، وهذا كله؛ لأن التزويج مضاف إلى الموكل، والمولى عليه، لا إلى المخاطب، والبيع يتعلق بالمخاطب دون من له العقد.

قال: (**وَيَلْزَمُ الْمُجْبِرَ تَزْوِيجُ مَجْنُونَةٍ بَالِغَةٍ وَمَجْنُونٍ ظَهَرَتْ حَاجَتُهُ**) كان الصواب أن يقول: حاجتهما؛ إذ المراد حاجة كل منهما، لا حاجة المجنون فقط [وعبارة «المحرر» بعد ذكرهما عند ظهور الحاجة فكأنه توهم أنه أراد به المجنون فقط] لاتصال ذلك بذكره، وليس بجيد، ومراد «المحرر» ما ذكرناه كما هو قضية ما في «الشرح» و«الروضة»، وعبارة «الشرح»: يجب على المجبر تزويج كذا وكذا عند مسيس الحاجة إما بظهور أمارات التوقان، أو متوقع الشفاء عند إشارة الأطباء، وعبارة «الروضة»: ويلزمه تزويج المجنونة والمجنون عند ظهور الحاجة.. إلى آخره.

قلت: وعدَّ الرَّافِعِي من الحاجات المجوزة لتزويج المجنون احتياجه إلى من يخدمه؛ حيث لا توجد محرم تخدمه، وكانت مؤن النكاح أخف من مؤن شراء أَمَة.

قيل: وينبغي أن يجب ذلك، وهو قضية إطلاق الكتاب بأن الحاجة هنا ظاهرة؛ لكن قد لا تتبرع الزوجة بالخدمة فلا ينهض الوجوب؛ اكتفاءً بظن التبرع، وفيه نظر، بدليل جواز التزويج؛ لأجل الخدمة اعتمادًا على ذلك.

قال: (**لَا صَغِيرَةٍ وَصَغِيرٍ**) أي: لا يجب على الأب ونحوه تزويجهما، وإن التمساه؛ لعدم الحاجة في الحال؛ لكن لو ظهرت الغبطة فيه، ففي الوجوب نظر للإمام كبيع مالهما عند الغبطة، والوجوب في الصغير بعيد، وحكى

وَيَلْزَمُ الْمُجْبِرَ وَغَيْرَهُ إِنْ تَعَيَّنَ إِجَابَةُ مُلْتَمِسَةِ التَّزْوِيجِ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ كَإِخْوَةٍ فَسَأَلَتْ بَعْضَهُمْ لَزِمَهُ الْإِجَابَةُ فِي الْأَصَحِّ.

الرَّافِعِي عن بعضهم أنها إذا كانت في أول أبكار الشهوة يجب إجابتها، ويحتمل طرده في المراهق، ولا سيما عند الخوف عليهما من الوقوع في المحظور، والوجه: أنها لو كانت المراهقة فقيرةً عاجزةً عن كسب قوتها والأب كذلك، التمست التزويج من خاطب كفء أنه يلزمه تزويجها؛ دفعًا لضرورتها؛ بل المتجه الوجوب وإن لم تلتمسه هي.

قال: (**وَيَلْزَمُ الْمُجْبِرَ وَغَيْرَهُ إِنْ تَعَيَّنَ إِجَابَةُ مُلْتَمِسَةِ التَّزْوِيجِ**) أي: إذا دعت إلى كفء خاطب أو طلقت مع وجود خاطب كفء؛ تحصينًا لها، وقيل: لا يجب إجبار المجبر؛ لأنها مخيرة فليس لها الإجبار، قال الرَّافِعِي: قول الدارمي: إذا دعت المرأة إلى كفء فواجب على الولي تزويجها نصًا، وقيل: مندوب، انتهى. وإطلاقه يشمل المجبر وغيره.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ كَإِخْوَةٍ فَسَأَلَتْ بَعْضَهُمْ لَزِمَهُ الْإِجَابَةُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لئلا يؤدي إلى التواكل، والخلاف كالخلاف فيما إذا ادعى بعض الشهود، وللإمام في محل الخلاف في الشهود تفصيل ذكره هناك ويأتي مثله هنا.

إشارات: قوله أولًا: «إن تعين» يشير إلى أنه محل وفاق، بخلاف اجتماع الأولياء في درجة، وكان الأخص حذف قوله: «إن تعين»، ويقال: وفيما إذا لم يتعين وجهٌ ونحو ذلك، على أن الإمام أبدى أن التزويج ليس حقًا على الولي المنفرد إلا عند تعذر السلطان؛ لشغور البقعة منه، وفيه بُعْد؛ لما فيه من إيجابها على رفع الأمر إليه والعار، وقد تخاف سطوة الولي[1] فلا يتمكن من التزويج بالسلطان، وبعيد أن يقال: [يمكنها من التحكيم إذا جوزناه كان في عدم التعيين على الولي عند منعه، ولا خفاء] أن مراده الملتمسة البالغة، وإن أطلق، ويأتي في غيرها ما سبق، أطلق المصنف وجوب الإجابة سواء عينت زوجًا أم لا، وقيدنا كلامه بما تقدم، وقال ابن الرِّفْعَة: إطلاق «الوسيط» يشمل

---

(١) في نسخة: (سطوة الوطء).

وَإِذَا اجْتَمَعَ أَوْلِيَاءُ فِي دَرَجَةٍ اُسْتُحِبَّ أَنْ يُزَوِّجَهَا أَفْقَهُهُمْ وَأَسَنُّهُمْ بِرِضَاهُمْ

ما إذا عينت كفئًا، وما إذا لم تعين، ورجحه، ثم قال: والرَّافِعِي ومن تبعه فرضوا المسألة فيما إذا عينت البكر كفئًا، وطلبت التزويج منه، وهو يفهم أنه لا يجب في الحالة الأخرى، وله وجه بيِّن فإن طلب ذلك معرة في العرف.

قلت: لا شك أن تعيينها ليس بشرط في وجوب تزويجها؛ إذ لا خفاء أنه لو خطبها جماعات لا تعرفهم، وهم أكفاء، فالتمست منه التزويج بلا تعيين، أنه تلزمه الإجابة؛ فإذا سألته، ولا خاطب، ثم خطبها كفء، لزمه تزويجها منه بشرط، وأما وجوبه عليه بالتماسها المطلق بسؤاله من الأكفاء؟ ولا خاطب فبعيدٌ، والظاهر أنه إنما عليه البدل عند طلب الكفء لا غير.

قال: (**وَإِذَا اجْتَمَعَ أَوْلِيَاءُ فِي دَرَجَةٍ**) أي: ورتبة كأخوة أشقاء أو لأب.

(**اُسْتُحِبَّ أَنْ يُزَوِّجَهَا أَفْقَهُهُمْ**) أي: في هذا الباب؛ لأنه أعلم بشرائط العقد وغيرها من مقاصده.

(**وَأَسَنُّهُمْ بِرِضَاهُمْ**)؛ إكرامًا له، ولئلا يتأذى.

وفي حديث القسامة: «**كُبْر كُبْر**»[1] ولأنه أخبر بالأمور، وغالبًا؛ لكثرة تجاربه.

قال الرَّافِعِي: إذا تعارضت الخصال قدم الأفقه، ثم الأورع، ثم الأسن، والمفهوم من سياق الكتاب أن الأسن مقدم على الأورع، ولم أرَ؛ لتعارض الخصال ترتيبًا إلا في كلام الرَّافِعِي، ومن تبعه؛ بل قالوا: يزوجها أكبرهم وأفضلهم، وعبارة الْمُتَولِّي والقاضي أبو الطيب في «المجرد»: تنازعه؛ حيث قالا: ويتولى العقد أسنهم لحديث القسامة «**كُبْر كُبْر**»، وعبارة ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: أنه يقدم بالسن، ثم بالفقه، ثم بالورع وأخذه من قول «التنبيه»، فالأولى أن يقدم أسنهما وأعلمهما، فأفضلهما.

[قال: بتقديره أسنهما، فإن استويا فأعلمهما، فإن استويا في العلم قدم أفضلهما] وفي كون هذا معنى كلامه نظر، وأقرب منه إلى ذلك عبارة ابن أبي

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٣٩)، ومسلم (٣١٦٠).

فَإِنْ تَشَاحُّوا أُقْرِعَ، ....

عصرون في «تنبيهه»: فإن استويا قدم بالسن أو العلم أو الورع، وعبارة «الحاوي»: فالأولى أن يتولاه أفضلهم نسبًا[١] ودينًا وعلمًا.

وعبارة «الترغيب»: ويستحب تقديم الأسن والأورع والأفضل، وفي محافظتهم على البداءة بالأسن إشعار بأنه المقدم أولًا.

فائدة: هذا كله في المتناسبين، أما لو كانوا معتقين فشرط الصحة أن يجتمعوا على العقد أو يوكلوا فيه وكيلًا، نعم، لو مات المعتق عن بنتين أو أخوة، وكالأقرباء، ولو مات معتقان كلٍّ عن ابنين كفى، موافقة أحد ابني أحدهما أحد ابني الآخر، ولا يشترط موافقة الجميع.

قال: **(فَإِنْ تَشَاحُّوا أُقْرِعَ)** قطعًا؛ للنزاع كأولياء القود والمشاحة، تعرض على صور:

الأولى: أن يقول كل منهم: أنا أعقده، والخاطب واحد، والظاهر أنها صورة الكتاب متقرعٌ، ثم القارع أولى هكذا جزما به، وغيرهما، ورأيت في «فروع» ابن الْقَطَّان قال بعض أصحابنا: يقرع بينهم، وليس بشيء؛ لأن حق التزويج مشترك بينهم، وكل واحد كامل فيه، ولو أقرعنا فبادر غير القارع وزوج صح فلا فائدة في القرعة، انتهى. والمذهب المنصوص في «الأم» الإقراع، ولم يذكر البيهقي في «المبسوط» غيره.

الثانية: أن يتعدد الخاطب فتزوج ممن ترضاه فإن رضيتهما، وتنازعوا في أحدهما، نظر القاضي في الأصلح، وأمر بتزويجه، قالا: كذا ذكره الْبَغَوي، وغيره في «الحاوي»، وإن قالت: هما عندي سواء فزوجوني بأحدهما، فلا قرعة، ويصير الأولياء عضلة فيزوجها القاضي، وهو ظاهر؛ لأن قولها: زوجوني يقتضي اجتماعهم على الصحيح، إذا اختلفوا أرجع إلى القاضي ما إذا رضيت الخاطبين، وأذنت لكل واحد في تعيينه، فمن سبق وزوج صح، إن أذنت لهما معًا، وإن ترتب إذنها، فيحتمل أن إذنها للثاني رجوع الأول فيتعين

(١) في نسخة: (سنًا).

فَلَوْ زَوَّجَ غَيْرُ مَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ وَقَدْ أَذِنَتْ لِكُلٍّ مِنْهُمْ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، ....

الثاني، ويحتمل خلافه، وهو قضية إطلاق الأكثرين. وحكى القاضي الحسين وجهين فيما لو أذنت لولي في التزويج ثم أذنت لآخر، هل يكون عزلًا للأول، وطردهما في وكيل البيع؟ قال: والأظهر أنه لا يكون عزلًا.

الثالثة: إن تشاحوا في [حال] الاجتماع على العقد، وانفراد أحدهم به، فينظر إن قالت: أذنت لكل واحدٍ أو ما هذا معناه، فسبق واحد وزوج صح، وإن قالت: زوجوني، وما أشبهه مما يدل على الاجتماع وجب اجتماعهم على الأصح، فإن تشاحوا فطالب التفرد عاضل، وأما طالب الاجتماع فلم أر فيه نقلًا، والظاهر أنه بإذن السلطان بعد إذنها له للداعي إلى الاجتماع فيزوجها، ويبعد أن يجعل الداعي إلى الاجتماع عاضلًا أيضًا فيستقل السلطان بالتزويج.

قال: (**فَلَوْ زَوَّجَ غَيْرُ مَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ وَقَدْ أَذِنَتْ لِكُلٍّ مِنْهُمْ**) أي: لا على وجه الاجتماع.

(**صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**) وقال الْمُتَولِّي: إنه المذهب؛ لأن القرعة ليست سالبة؛ بل لقطع المنازعة، والثاني: لا يصح؛ لتظهر ثمرة القرعة، وأرسل العراقيون والقاضي الحسين الوجهين بلا ترجيح، وعلى الأول اقتصر الإمام، وقال: إنه لا يكره لغيره التزويج إلا عند إقراع الإمام، وفي بعض التصانيف: أنه لا يقيد، وهو بعيد غير معتدٍ به، ولست أدري هذا القائل يخصص قوله: بقرعة ينشئها السلطان أو يطرده في قرعة الأولياء من غير ترافع إلى مجلس الحكم، وعبارة الرَّافِعِي في نقل كلامه بدخوله، فإنه قال: وهذا الوجه يختص بما إذا أخرجوا القرعة من غير ارتفاع إلى مجلس الحكم أم يختص بقرعة ينشئها السلطان، فيه تردد للإمام.

فرع: إذا لم يصحح إنكاح المقروع كما رجحه الفارقي، ففوض القارع ذلك إلى أحدهم كان نائبًا عنه، وقيل: لا يكون نائبًا، قاله الْمَاورْدِيُّ، وتظهر الثمرة فيما لو أذن، وقدر مهرًا، فزوج بدونه، وبه قال: جعلناه نائبًا فوكيل خالف، وفيما لو فسق بعد القرعة إن جعلناه نائبًا صحَّ تزويجه على المشهور، وإلا فلا، على المذهب.

وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ زَيْدًا وَآخَرُ عَمْرًا، فَإِنْ عُرِفَ السَّابِقُ فَهُوَ الصَّحِيحُ، ....

قال: (**وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ زَيْدًا وَآخَرُ عَمْرًا، فَإِنْ عُرِفَ السَّابِقُ**) أي: بعينه ببينة أو تصادق معتبر.

(**فَهُوَ الصَّحِيحُ**) أي: سواءٌ دخل بها الثاني أم لا، وبه قال جمهور العلماء.

وقال مالك: إن دخل بها الثاني، ولم يعلم بها الأول فهي زوجته؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه «**إذا نكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني**».

لنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤]، والمراد الزوجات، وقوله ﷺ: «**إذا نكح الوليان فالأول أحق**»[١] قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري ومسلم، وفي رواية أبي داود والترمذي والنسائي: «**أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول**»[٢].

وما روي عن عمر رضي الله عنه فغير ثابت، وقد خالفه الإمام علي رضي الله عنه في ذلك، والحديث بخلافه فوجب اعتماده.

تنبيهان:

الأول: أطلقوا المسألة، ورأيت في «تحرير» الجرجاني أنه ينظر فإن كانت قد عينت لأحدهما، وأطلقت للآخر صح المعين، وإن كانت أطلقت الإذن لهما صحَّ السابق، انتهى. وقد يتخيل فرق بين أن يتقدم التعيين أو يتأخر.

الثاني: أشار الفوراني في «العمد» إلى خلاف في صحة احتمال الإذن

---

(١) حديث رجل من أصحاب النبي ﷺ: أخرجه الشافعي (١/ ٢٧٦)، والبيهقي (٧/ ١٤٠، رقم ١٣٥٨٠).
حديث سمرة بن جندب: أخرجه الطبراني (٧/ ٢٠٣، رقم ٦٨٤٣)، والحاكم (٢/ ١٩١، رقم ٢٧٢٢).

(٢) أخرجه الطيالسي (ص ١٢٢، رقم ٩٠٣)، وأحمد (٥/ ٨، رقم ٢٠٠٩٧)، والدارمي (٢/ ١٨٧، رقم ٢١٩٣)، وأبو داود (٢/ ٢٣٠، رقم ٢٠٨٨)، والترمذي (٣/ ٤١٨، رقم ١١١٠)، وقال: حسن والنسائي (٧/ ٣١٤، رقم ٤٦٨٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٨، رقم ٢١٩٠)، والطبراني (٧/ ٢٠٢، رقم ٦٨٣٩)، والحاكم (٢/ ١٩٠، رقم ٢٧٢٠)، والبيهقي (٧/ ١٤١، رقم ١٣٥٨٥) والروياني (٢/ ٤٦، رقم ٨٠٠).

وَإِنْ وَقَعَا مَعًا أَوْ جُهِلَ السَّبْقُ وَالْمَعِيَّةُ فَبَاطِلَانِ، ....

للولي؛ حيث قال: إذا كان لها أولياء في درجة، فأذنت لكل واحد منهم في تزويجها على وجه يصح، إما بتعين أزواج أو على احتمال في قول مَنْ يصححه، فزوج كل واحد منهما من رجل المسألة، وتبعه الْغَزَالِيُّ في «البسيط»، و«الوسيط» فقال: إذا أذنت لوليين، ولم تعين الزوج، وجوَّزنا ذلك، وعبارة «البسيط»: وصححنا التوكيل كذلك، وهذا الخلاف إنما يعرف في وكيل الولي، هل يشترط التعيين له أم لا؟

ولعل الجرجاني بنى كلامه على أن التعيين مع الإطلاق هو المعتبر تقدم أو تأخر.

قال: (**وَإِنْ وَقَعَا مَعًا أَوْ جُهِلَ السَّبْقُ وَالْمَعِيَّةُ فَبَاطِلَانِ**) أما في المعية فلامتناع الجمع، وعدم أولوية أحدهما كنكاح أختين معًا وأما في حالة الشك فلأنهما إن وقعا معًا تدافعًا أو مرتبًا فلا إطلاع على السابق منهما فبطلا؛ إذ الأصل في الإبضاع الحرمة حتى يتحقق السبب المبيح.

قال الْمُتَولِّي: فعلى هذا يستحب للقاضي أن يقول: إن كان قد سبق أحد النكاحين فقد حكمت ببطلانه؛ ليكون نكاحها بعد ذلك على يقين الصحة، وتثبت للحاكم هذه الولاية هنا للحاجة، ولنا وجه أنه لا بد من إنشاء الفسخ؛ لاحتمال السبق.

وقال الدارمي: وإن لم يؤرخا أو لم يؤرخ أحدهما أو لم يعلم عين السابق فكالمغيبة، ويستحب للحاكم أن يرفق حتى يخالع من عقد عليها بالمهر المسمى كثيرًا، ويكون على بصيرة فإن لم يفعل جاز، انتهى.

وقال في «الكافي»: والاحتياط هاهنا أن يقول الحاكم: فيستحب الأول أو يأمرهما أو أحدهما بالتطليق، ثم يزوجها الآخر، انتهى. وكذا قاله الْبَغَوي في «تعليقه».

فائدة: عدَّ صاحبا «التهذيب»، و«الكافي» وتبعهما الرَّافِعِي في صور وقوع النكاحين معًا أن يقعا من الولي، ووكيله، ولم أره إلا في «التهذيب» وما بعده.

وَكَذَا لَوْ عُرِفَ سَبْقُ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يَتَعَيَّنْ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قال ابن الرِّفْعَة: وقد يقال: إن ما أوجبه الولي يصح؛ لأنه قارن إيجابه عزله الضمني بإيجاب الولي؛ لأنه لو وكله في بيع أو نكاح، وفعل الموكل ذلك كان عزلًا للوكيل، ويجوز أن يقال ببطلانهما؛ لأن العزل لا يتم إلا بالقول حتى يقول: لو أوجب الولي الشخص، ولم يقبل، لا يكون عزلًا للوكيل، وحينئذٍ تبقى الوكالة، انتهى.

وكأن وجه الاحتمال الأول أن شروع الولي في الإيجاب متضمن لعزله، وإعراضه عن توكيله.

فرع: اتحد الخاطب، وأوجب كل من الوليين له معًا يصح، وينوي كل من الإيجابين، وقيل: لا يصح، ولو زوج الوليان من وكيلي الزوج كل ومن وكل في حالة واحدة، قال الْمَاوَرْدِيُّ: إن اختلف المهران ألغيا، وحكم لها بمهر المثل، فلو ادَّعت تقدم أكثر العقدين مهرًا، وعكس الزوج، ولا بينة تحالفا، وحُكم بمهر المثل، ولا تقبل شهادة الوكيلين، انتهى.

قال: **(وَكَذَا لَوْ عُرِفَ سَبْقُ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يَتَعَيَّنْ عَلَى الْمَذْهَبِ)** كاحتمال السبق والمعية؛ لتعذر الإمضاء كما لو سبق موت أحد المتوارثين من غير تعيين، والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما: هذا، والثاني: يخرج من نظر المسألة في الجهتين أنه يتوقف.

قال الْمُتَوَلِّي: وهو الصحيح من المذهب، والذي اقتضاه كلام الشيخ أبي حامد، والمحاملي، وابن الصباغ وغيرهم الجزم ببطلانهما ظاهرًا وباطنًا؛ لعدم إمكان العلم، وفرق بعضهم بأن الصلاة إذا صحت لا يلحقها بطلان، والعقود تصح بأسباب، وأعذار.

قال الرَّافِعِي: وإذا ألحقنا هذه الصورة بما إذا احتمل للسبق، والمعية فيبطلان أو لا بد من إنشاء فسخ، فيه للخلاف المذكور هناك.

قلت: الذي أورده الجمهور هناك البطلان، ولا حاجة إلى إنشاء فسخ، وأما هاهنا ففيه خلاف قوي ذكره في «الحاوي» مع اقتصاره في تلك [على]

وَلَوْ سَبَقَ مُعَيَّنٌ ثُمَّ اشْتَبَهَ وَجَبَ التَّوَقُّفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ، فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَهَا بِسَبْقِهِ سُمِعَتْ دَعْوَاهُمَا بِنَاءً عَلَى الْجَدِيدِ، وَهُوَ قَبُولُ إِقْرَارِهَا بِالنِّكَاحِ، ....

البطلان من غير احتياج إلى فسخ.

قال: (**وَلَوْ سَبَقَ مُعَيَّنٌ ثُمَّ اشْتَبَهَ وَجَبَ التَّوَقُّفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ**) أي: ويمنعان منها، ولا تنكح غيرهما إلا بعد بينونتها منهما بموت أو طلاق؛ لأنَّا علمنا صحة العقد فلا معنى لرفعه أو الحكم بارتفاعه من غير طريق شرعي، ومنهم من أجرى في البطلان هنا قولين.

فرع: حيث توقفنا فمات واحد وقف لها ميراث زوجة، وإن ماتت وقف ميراث زوج حتى يصطلحا أو يتبين الحال في حال الوقف بالنفقة دون المهر، وجهان:

أصحهما عند الإمام والْغَزَالِيّ: لا؛ إذ الأصل البراءة؛ ولعدم التمكين.

والثاني: نعم، وبه أجاب ابن كج، وكلام الرَّافِعِي على ألفاظ «الوجيز» يشعر بترجيحه، وبه جزم الدارمي، وصححه في «الكافي» و«الترغيب» فعلى هذا يوزع عليهما؛ فإذا ظهر السابق، وتعين رجع الآخر عليه، قال الرَّافِعِي: قال الشيخ أبو عاصم: ويحتمل أن يقال: إنما يرجع إذا كان قد أنفق بغير إذن الحاكم، وبهذا جزم القاضي ابن كج، انتهى.

وتبعه في «الروضة»، والمتبادر العكس، فيقال: إنما يرجع إذا أنفق بإذن الحاكم، وأما بغير إذنه فلا؛ لأنه متبرع، ونقل ابن الرِّفْعَة كلام ابن كج، وأبي عاصم: أنه يرجع إن أنفق بالإذن فأما أنه ظفر بنتيجةٍ من كتاب الرَّافِعِي على الصواب، أو تبادر إلى فهمه مقتضى الفقه، ولم يتأمل العبارة، والله أعلم.

قال: (**فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَهَا بِسَبْقِهِ سُمِعَتْ دَعْوَاهُمَا بِنَاءً عَلَى الْجَدِيدِ، وَهُوَ قَبُولُ إِقْرَارِهَا بِالنِّكَاحِ**) أي: وإن لم يقبله لم يسمع؛ إذ لا فائدة.

وقوله: «**كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَهَا بِسَبْقِهِ**» احترز عما لو ادعيا أنها تعلم سبق النكاحين، فإنها لا تسمع على ما جزم به هو والرَّافِعِي تبعًا للقاضي الحسين، والإمام والْبَغَوي؛ لكن في «التهذيب» بعد هذا قال الشيخ الْقَفَّال: إذا حضر

فَإِنْ أَنْكَرَتْ حُلِّفَتْ، ....

الزوجان معًا، وادعيا علمها حلفت لهما يمينًا واحدة أنها لا تعلم سبق أحد النكاحين، وذكر في «تعليقه» أنها لا تسمع الدعوى المجهولة، وهي أن يقول: هي تعلم أسبق النكاحين، إلى أن قال: وكان الْقَفَّالُ يقول: إذا حضرا معًا، وادعيا علمها إلى آخره، وهذا يفهم أن الدعوى منهما وقعت مبهمة أنها تعلم سبق أحد النكاحين، وكذلك قال: يُكتفى بيمين واحدة أنها لا تعلم سبق أحد النكاحين، وكذلك قال أيضًا: إذا نكلت لا يحلفان؛ بل يوقف، ولو كانت الدعوى منه على أنكِ تعلمي بسبقي، ونكلت لكان له الحلف على سبقه، ولما قال: إنه يوقف، وكذلك تفهمه عبارة «الحاوي»؛ حيث قال: وإذا دعيا في الابتداء أنها تعرف أسبقهما نكاحًا، فقالت: لست أعلم أيهما أسبق بالعقد، صدقت بيمينها، فإذا حلفت أنها لا تعلم أيهما أسبق، فالنكاحان باطلان، وبذلك يشعر قول الشَّافِعِي: فإن ادعيا أنها لا تعلم أيهما أول، حلفت ما تعلم، ولا يلزمها نكاح واحد منهما.

قال: وإن كانت خرساء، أو معتوهة، أو صبية، أو خرست بعد التزويج لم يكن عليها يمين، وفسخ النكاح، ولو قال أبوها: إنكاحي أول، لو قال ذلك الوكيل لم يلزمها إقرار واحد منهما، هكذا نقله الجوري، وفيه فوائد جليلة، ولا يبعد سماع الدعوى كذلك؛ لأنه قد لا يعلم واحد سبق نفسه؛ فإن علم أن ثم سابق وهي تعلمه، وهذا يقرب مما لو ادعى على جماعة أن أحدهم قتل مورثه ففي سماعها؛ لذلك[1] وجهان مشهوران.

قال: (**فَإِنْ أَنْكَرَتْ حُلِّفَتْ**) أي: على نفي علمها بالسبق، وهل تكفي لهما يمين واحدة أم تجب يمينان؟ قال الْبَغَوي: يمينان، وقال الْقَفَّال: إن حضرا وادعيا، حلفت يمينًا، وهو مقتضى كلام ابن كج، وقال الإمام: إن حضرا ورضيا بيمين كفت، وإن حلفها أحدهما، ثم حضر الآخر، فهل له تحليفها؟ وجهان؛ لأن القضية واحدة، ونفي العلم بالسبق يشملهما؛ فإذا حلفت كما

(١) في نسخة: (كذلك).

....

ينبغي فقيل: لا تحالف بين الزوجين، وقد أفضى الأمر إلى الإشكال، وضعَّفه الإمام، وقال: إنما حلفت على نفي العلم بالسبق، ولم تنكر جريان أحد العقدين على الصحة فينفي التداعي والتحالف بينهما، والذي أنكرتاه ابتداءً التحالف من غير ربط الدعوى بها، وبهذا قطع الْغَزَالي، هذا لفظ «الروضة».

تنبيهات: منها: رأيت في «تعليق القاضي الحسين» ما لفظه ما إذا لم يكن لواحد منهما بينة، قال أصحابنا: يتحالفان فيحلف كل واحد منهما أن نكاحه سابق على نكاح صاحبه، فإن حلفا جميعًا بقي الأمر على الإشكال، وإن نكلا جميعًا فكذلك، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر قضي به للحالف بينهما، قال القاضي - رَحِمَهُ اللَّهُ -: وعندي أن هذا خطأ؛ لأن التحالف بين شخصين إنما يثبت إذا كان المتنازع فيه مما تثبت عليها اليد [كالأملاك والمرأة لا تثبت عليها اليد]؛ حتى تسمع دعوى أحدهما على صاحبه، وهذا بالمعنى[(١)] لو جاء رجل إلى رجل، وقال: امرأتي تحتك؛ لا تسمع الدعوى، عليه المسألة، ومنها يشبه أن الخلاف في الاكتفاء بيمين واحدة لهما إنما جاء مما أشرنا إليه فيما تقدم من أنه هل تكفي الدعوى بأنها تعلم سبق أحدهما في الجملة أم لا بد من دعوى كل واحد من علمها بسبق عقده؟ فإن سمعنا دعوى السبق مجملة كفت بيمين واحدة، ويكون ما نقله الرَّافِعِي عن الْقَفَّال وابن كج من الاكتفاء بها؛ بناءً على ذلك فلا يستقيم نقله عنهما الاكتفاء بها مع قوله: إنه لا بد أن يدعي كلُّ واحد، [أنه السابق عليها، ويكون الحاصل أن من قال: يكفى الدعوى بالعلم بمطلق السبق اكتفى بيمين واحدة] ومن قال: لا يكفى كما جزم به الرَّافِعِي يقول: لا بد من يمينين، ولا سيما إذا ادعيا في المجلسين.

ومنها: قال شارحٌ: محقق حيث قلنا: لا بد أن يدعي عن كل واحد تعينًا[(٢)]، وقلنا: تكفي يمين واحدة، أو قلنا: إذا حلفت لأحدهما لا تحلف للثاني، ، فمحله إذا حلفت أنها لا تعلم أنه السابق، وأنه لا علم لها بتاريخ

(١) في نسخة: (ولهذا المعنى).
(٢) في نسخة: (معينًا).

....

العقدين، أما إذا اقتصرت على أنها لا تعلم أنه السابق فلا يغنيها ذلك عن الحلف للثاني، بلا شك، وذلك مفهوم من تقييد «النهاية» الصورة بقوله: وإنه لا علم لها بتاريخ العقدين.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوي على «المختصر» ويدعي كل واحد منهما أنها تعلم أن نكاحي سابق، وتحلف هي بيمينين لكل واحدٍ منهما أنها لا تعلم أن نكاحه سابق، ولا يكون تحليفها لأحدهما مقرةً للآخر بخلاف ما لو قالت لأحدهما: لست الذي سبق نكاحك، فيكون هذا إقرارًا للآخر، وإنما قلنا: تحلف على نفي العلم؛ لأنه إنما يدعي علمها للعلم فيكون اليمين على سبق الدعوى؛ ولأن اليمين توجهت عليها من أمر فعلها[1] غيرها.

وقال الشيخ الْقَفَّالُ: إذا حلفت تحلف أنَّها لا تعلم أيَّ النكاحين كان أسبق، ولا يلزمها نكاحه ولا يجمع بينهما، كما لو أقرَّ له بشيء، ثم فسَّره تحته، فإنه يحلف أن الذي أقر به هذا ولا يلزمه غيره، وكان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - يعني الْقَفَّال- يقول: إذا حضرا معًا وادعيا علمها حلفت لهما يمينًا واحدةً، فإن نكلت لا ترد اليمين عليها؛ إذ لا معنى له، انتهى.

وفيه فوائد:

منها: إنما تسمع دعواهما عليها بالسبق إذا لم يقرا بأمر يدل على أنها لا تعلم ذلك، قال الشَّافِعِي في «الأم»: ولو زوجها وليّاها رجلين فشهد الشهود على يوم [واحد] ولم يثبتوا الساعة أو أثبتوها، ولم يكن في إثباتهم دلالة على أي النكاحين كان أولًا، فالنكاح مفسوخٌ، ولا شيءَ لها على واحد من الزوجين، وسواء [في هذا اعترف الزوجان بالإشكال أو أقرَّا بأمرٍ يدل على][2]أنها لا تعلم السابق، أو أقرَّا بأمر يدل على أنها لا تعلم ذلك مثل أن تكون غائبةً عن النكاح ببلد غير البلد الذي زوجت فيه، وما أشبه هذا، انتهى.

---

(١) في نسخة: (فعله).

(٢) انظر: «الأم» (٥/ ١٦).

....

ومنها: لم يفصح المصنف ببيان الحكم بعد حلفها لهما، وقوة كلامه تفهم انقضاء الخصومة وانتهاءها، وذكرا في «الروضة»، و«أصلها» ما سبق عن الإمام والْغَزَالِيّ، وأقرَّاه، وهو غريب، وطريقة الإمام شاذَّة، قال شارح: والذي نص عليه في «الأم»، وبه قال العراقيون والْمَاورْدِيُّ، كما أفاده ابن الرِّفْعَة أنها إذا حلفت ببطلانهما، وقال الإمام: إن النكاح لمن حلف أي منهما بعد تحليفها، وتبعه «الحاوي الصغير»، انتهى.

والقول ببطلان النكاح إذا حلفت لهما أو نكلت، وحلفا، قال الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني في «الشافي» وصاحب «البيان»، قال الجرجاني: وكذا لو نكلا، وكلام هؤلاء والْمَاورْدِي يدل على انتهاء الخصومة بحلفها، وهو قضية كلام قول القاضي الحسين في «التعليق» وعلى طريقة المراوزة لا تسمع الدعوى على الزوج، ثم فرَّع عليها، فقال: إذا جاء كل واحد وحلف له تحصلت منهما، وظاهر هذا انفساخ النكاح، وأنه لا تداعي بين الزوجين بعد ذلك، وقال صاحب «الكافي»: من اتباعه وإذا حلفت لهما سقطت دعواهما، وحكم بفساد النكاحين، انتهى.

إذا علمت هذا علمت أن قول «الروضة»: فقيل: لا تحالف بين الزوجين إلى آخره، إنما قالاه تبعًا للإمام، فإنه قال: وفي كلام بعض الأئمة إلى كذا، وهو ذلك عندي فقلداه، وقد عرفت أن مذهب العراقيين وغيرهم والمنصوص ما سبق، وأن مقتضى كلام المراوزة على ما ذكره القاضي الحسين عدم تحالف الزوجين مطلقًا، وأنه لا فرق في ذلك قبل الدخول عليها وبعدها، وكلام العراقيين يقتضي أنهما لا يتحالفان إلا الْمَاورْدِيُّ فإنه قال: يتحالفان إذا اعترفا بعدم علمها بالسبق، وقال: مع ذلك إذا ادّعيا عليها علمها بالسبق، وحلفت لهما، ينفسخ النكاحان، ولم يقل: يتحالفان بعد ذلك، قال بعض شيوخنا: ولم أر في الطريقين مَنْ قال بمقالة الإمام: إنهما يتحالفان بعد الدعوى عليها، وحلَّفها على عدم العلم، فالمذهب نُقِلَ، كما قاله هو في غير موضع.

والإمام إنما أبدى ذلك من عنده، فقال: الذي يظهر في هذه الصورة أن

وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا ثَبَتَ نِكَاحُهُ وَسَمَاعُ دَعْوَى الْآخَرِ، وَتَحْلِيفُهَا لَهُ يَنْبَنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَنْ قَالَ: هَذَا لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو هَلْ يَغْرَمُ لِعَمْرٍو إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَنَعَمْ.

يتحالفان على طريقة، وهي تحالفهما بعد حلفها على عدم العلم بسبق أحدهما، يقتضي ذلك إنَّا نحكم له بالزوجية، وتمكينه منها؛ فلذلك قال في «الحاوي الصغير»: فإن حلفت بجهل السابق، فالنكاح لمن حلف، وهذا بعيد، وكيف يسوغ لها التمكين بعد حلفها؟! كما سبق، ونكول أحد الزوجين لا يؤثر في حقها، وإن أمر في حقه، بمعنى قطع منازعته.

وقد صرَّح القاضي الحسين بأنه إذا حلف أحدهما قبل النزاع معها أن خصومة الآخر تنقطع، ويبقى نزاع الحالف معها، وإذا لم تعلم عين الزوج، وحلفت على ذلك فقد حصل الاشتباه في الزوج؛ فلذلك قال العراقيون وغيرهم بالبطلان، وقد سبق عن نص الشَّافِعِي أنهما إذا ادَّعيا [أنها تعلم] أيهما أول، حلفت ما تعلم، ولا يلزمها نكاح واحدٍ منهما، انتهى. فهذا هو المذهب المعروف فخذه، ودع ما سواه، والله أعلم.

قال: **(وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا)** أي: وهي أهلٌ لذلك.

(ثَبَتَ نِكَاحُهُ) أي: على «الجديد» وهو قبول إقرارها بالنكاح.

(وَسَمَاعُ دَعْوَى الْآخَرِ، وَتَحْلِيفُهَا لَهُ يَنْبَنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ) أي: السابقين في كتاب الإقرار.

(فِيمَنْ قَالَ: هَذَا لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو هَلْ يَغْرَمُ لِعَمْرٍو إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَنَعَمْ) وعبر الرَّافِعِي تبعًا للبغوي وغيره: بل تسمع الدعوى، وعبارة الجمهور: هل تحلف للثاني؟ فيه قولان، وهذا التعبير أولى؛ لأن الدعوى مسموعة عليهما لغير التحليف كما لو ذكر أن له بينةً يقيمها، وأما إذا ادعى التحليف خاصةً، ففيه القولان:

أحدهما: ونص عليه في «الأم»: أنها لا تحلف؛ لأنها لو أقرَّت لم يسمع منها، وحكم في «الكافي» و«التهذيب» أنه الأصح، وزاد في «التعليق» وهو قوله [في] «الجديد».

....

والثاني: [قاله] في «الإملاء»: أنها تحلف؛ لأن المكذب مدعٍ فلا يرجع بمجرد الإنكار إلا مع اليمين؛ ولأنه قد يتعلق برجوعها، إن لو صدقته غرم، هكذا وجهه الْمَاوَرْدِي، وقال هو والشيخ أبو حامد وغيرهما: ويشبه أن يكون القولان في التحليف مبنيين على الغرم، [وهذا] البناء ما أشار إليه في الكتاب، وقال صاحب «الكافي»: وهل تسمع دعوى الثاني عليها؟ فيه قولان؛ بناءً على أنها لو أقرت للثاني لا تكون منكوحة للثاني، وهل يغرم؟ له قولان: أصحهما: لا؛ لأن إقرارها للثاني صادق ملك الغير فلا يصح، انتهى.

فإن قلنا: لا تحلف فلا كلام، وإلا حلفت على نفي العلم، فإن حلفت فذاك، وإن اعترفت، قال ابن الصباغ: لزمها مهر المثل، وذكر أبو حامد في وجوب المهر قولين، قال أبو نصر: وقد ذكرنا عن الشَّافِعِي إنما عرض عليها اليمين على القول بأنها لو اعترفت لزمها المهر؛ فإذا عرضنا عليها اليمين فقد فرعنا على هذا القول خاصةً، أي: فلا يحسن بعد ذلك، ذكر قولين في المهر، وإن نكلت [رددنا اليمين عليه، وإن نكل][1] سقطت دعواه، وإن حلف بني على أن اليمين المردودة بمنزلة ماذا؟ إن قلنا: كالبينة، قال جماعة من العراقيين: نزعت في الأول، وسلمت إليه.

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما: [وهذا القول ضعيف جدًّا، ونسبه الإمام إلى «القديم»، وضعف ذلك الصيدلاني والبغوي وغيرهما]: بأنَّا وإن جعلناها كالبينة فذاك في حق المتداعين خاصةً.

وعلى هذا القول قال الإمام وابن الصباغ يتجه تحليفها، وإن قلنا: لا تغرم المهر لو أقرت؛ إذ قد تنكل، فتحلف فيحكم بالنكاح، وهو مقصود الدعوى، وإن قلنا: كالإقرار، فوجهان: أحدهما - وبه قال أبو إسحاق: إنه يندفع النكاحان؛ لتساويهما كما لو أقرت لهما معًا، وأصحهما: استدامته للأول كما لو أقرت لهما مرتبًا فإنه لا أثر للإقرار الثاني.

---

(١) في نسخة: (وإن نكلت سقطت دعواه).

....

وعبارة الرَّافِعِي في ذلك: إن قلنا: يغرم، سمعت دعوى الثاني، وحلفها، وإلا فقولان؛ بناءً على أن اليمين المردودة كالإقرار، وكالبينة إن قلنا: كالإقرار، وهو الأصح لم تسمع دعواه؛ لأن غايتها أن تقر أو تنكل فتحلف، وإن قلنا: كالبينة فله أن يدعي، ويحلفها، ثم فرع عليه ما إذا نكلت فردت اليمين عليه فيحلف، فقال: إنه يبنى على أن اليمين المردودة كالإقرار، أوكالبينة فإن قلنا: كالإقرار، فوجهان، وذكر نحوًا مما قدمناه، وتبعه في «الروضة» وهذا التفريع إن كان على قولنا: إنها كالبينة لا تستقيم، معه أن يقال: وإن قلنا: كالإقرار، والمتبادر أنه مفرع عليه، وحينئذٍ لا تنتظم.

فروع مبددة:

منها: سكت المصنف عن بيان الحكم فيما لو نكلت عن الحلف لهما، وقال في «الروضة»: إنه قوله، وبهذا قطع الْغَزَالِيُّ، وإن نكلت هي، رددنا اليمين عليها، فإن حلفا أو نكلا جاء الإشكال، وإلا يقتضي للحالف، انتهى.

وهذا من بقية فقه الإمام، والذي صرح به الجرجاني، واقتضاه كلام غيره أنهما إذا نكلا أو حلفا حُكم ببطلان النكاحين، وإن حلف أحدهما حكم له.

قال الدارمي: فإن حلفت بطل نكاحهما، وإن نكلت حلفا، فإن حلفا أو نكلا بطلا، وإن حلف أحدهما ثبت نكاحه، انتهى [فاعلمه؛ ولكنه قد سبق قريبًا في تعليل قول أبي إسحاق أنه يندفع النكاحان؛ لتساويهما كما لو أقرت لهما معًا، وأقره الرافعي وغيره].

ومنها: قال في «البيان»[(١)]: فإن اعترفت لهما في حالة واحدة كان هذا الاعتراف [باطلًا] كعدمه، قال الشيخ أبو حامد: ويحكم بفساد النكاحين، وهذا غير مستقيم، وينبغي أن تكون الدعوى باقية فيطالب بالجواب.

قلت: وهذا ما في «التعليق» قال أبو حامد: لا حكم لهذا الإقرار؛ لاستحالته، فيقال لها إما أن تقري لأحدهما أو تحلفي، وكذا قاله المحاملي

(١) في نسخة: (الشامل).

....

في «التجريد» وهو [تجريد التعليق، فلا استدلال] فيما وقع لأيٍّ نص غريب.

ومنها: قال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا أقرت لأحدهما بعد إقرارها للأول لم يقبل، فلو مات الأول صارت بعد موته زوجة الثاني، وتعتدُّ من الأول إن كان لم تصبها عدة الوفاة، وإن كانت [قد] أصابتها اعتدت بأكثر الأمرين منها، ومن ثلاثة أقراء عدة الوطء[1]، وهي محرَّمة على الثاني في زمان عدتها، انتهى.

ومنها: لو قالت لأحدهما: لم يسبق نكاحك، قال الإمام والْبَغَوي: تكون مقرة للآخر بالسبق، قال الرَّافِعِي: وكان المراد إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما، وإلا فيجوز ألا يسبق هذا، ولا هذا بأن يقعا معًا، وجزم في «الروضة» بأنه المراد، وما قاله متعين قيل: لكن لا يشترط سبق اعترافها؛ بل متى علمنا أنهما لم يقعا معًا، وقالت ذلك لأحدهما تعين الآخر.

ومنها: لو كانت خرساء أو خرست بعد التزويج فأقرت بالإشارة بسبق أحدهما لزمها الإقرار، وإلا فلا يمين عليها، والحال حال إشكال حُكي هذا عن نصه، هكذا قالاه في «الروضة» و«أصلها»، وسبق عن رواية الجوري عن النص: وإن كانت خرساء أو معتوهة أو خرست بعد التزويج لم يكن عليها يمين، وفسخ النكاح، انتهى.

وقضية إطلاقه أنه لا يقبل إقرارها، ولا تسمع الدعوى عليها للتحليف إلا أن تحمل على خرس لا إفهام معه.

ومنها: قال الرَّافِعِي في آخر المسألة: هذا كله فيما إذا ادعيا على المرأة، فإن ادعيا على غير مجبر لم تسمع، ولم تحلف أو على مجبر فوجهان[2]؛ لأنه عاد كالوكيل، والعقد؛ لغيره، وأظهرهما: سماعها عليه؛ لأن إقراره مقبول كما مرَّ، ومَنْ يقبل إقراره تتوجه عليه الدعوى واليمين، فعلى هذا إن كانت بكرًا صغيرةً حلف الأب، وإن كانت بالغةً فوجهان: أحدهما: لا يحلف؛ لأنَّا

---

(١) في الأصل: (الوطئين).

(٢) في نسخة: (أحدهما: لا لأنه عاد كالوكيل).

وَلَوْ تَوَلَّى طَرَفَيْ عَقْدٍ فِي تَزْوِيجِ بِنْتِ ابْنِهِ بِابْنِ ابْنِهِ الْآخَرِ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ.

نقدر على تحليفها، وأشبههما: نعم، إن حلف الأب كان للمدعي أن يُحلِّف البنت أيضًا، فإن نكل حلف اليمين المردودة، ويثبت النكاح، وفي «التهذيب»: أن المرأة إذا كانت بالغةً بكرًا أو ثيبًا تكون الدعوى عليها، انتهى.

وسبق حكاية الجوري عن نص الشَّافِعِي أنه لو قال أبوها: إنكاحي أول، أو قال ذلك الوكيل، لم يلزمها إقرار واحد منهما، وهو شاهد للوجه الأول في كلام الرَّافِعِي؛ بل هو هو.

قال: (**وَلَوْ تَوَلَّى طَرَفَيْ عَقْدٍ فِي تَزْوِيجِ بِنْتِ ابْنِهِ بِابْنِ ابْنِهِ الْآخَرِ**) أي: وهما في حجره [وولايته].

(**صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لقوة ولايته كالبيع، والثاني: المنع؛ لأن خطاب المرء لنفسه لغوٌ، ورجحه جماعةٌ، وإنما جاز في البيع؛ لكثرة وقوعه، وقد ورد: «**لا نكاح إلا بأربعة**»[١] وروي: «**كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح**»[٢].

ونسب في «المحرر» الأول إلى ترجيح المعتبرين، وقال في «الشرح الصغير»: إنه الأقوى، وممن صححه الجرجاني، واختاره القاضي أبو الطيب، وقال في «المجرد»: قال الماسرجسي في «التدريس»: يجوز.

ورأيت بعض أصحابنا قال: في الجواز قولان منصوصان، انتهى.

فعلى الأصح يجب الإتيان بنفي العقد على الأصح كالبيع، وأولى بالوجوب، وإذا قلنا: لا يتأتى الابتداء بالقبول فحبَّ أن يوجب أولًا، لم يقبل، ولا يجوز العكس لما سبق من أن القبول يسير عن تقدم بدلٍ، قال ابن معين [الصيدلاني] في كتابه «التنقيب على المهذب»: ولا بد أن يقول: وقبلت نكاحها له، بالواو، فلو ترك الواو لم يصح، انتهى.

وكأنه فهمه من قول صاحب «الشامل»: ويقول: وقبلت نكاحها له؛ لكنه لم يذكر أنه لا بُدَّ من الواو.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٢٧٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٤٢).

(٢) ذكره الشوكاني في «نيل الأوطار» (٦/ ٢٦٧).

وَلَا يُزَوِّجُ ابْنُ الْعَمِّ نَفْسَهُ بَلْ يُزَوِّجُهُ ابْنُ عَمٍّ فِي دَرَجَتِهِ، فَإِنْ فُقِدَ فَالْقَاضِي، فَلَوْ أَرَادَ الْقَاضِي، نِكَاحَ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا زَوَّجَهُ مَنْ فَوْقَهُ مِنَ الْوُلَاةِ أَوْ خَلِيفَتُهُ، ....

قال: **(وَلَا يُزَوِّجُ ابْنُ الْعَمِّ نَفْسَهُ)** أي: على الصحيح؛ لأنه عقد مفاوضة ملكه بالإذن فلا يجوز له تولي طرفيه كالبيع.

قال الشيخ أبو حامد: ولما روى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنه ﷺ قال: «**كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح**»[1].

قال: **(بَلْ يُزَوِّجُهُ ابْنُ عَمٍّ فِي دَرَجَتِهِ)** أي: بأن يكون ابنا عم لأبوين أو لأب فلا يزوج ابن العم؛ لأن من ابن العم لأبوين بخلاف العكس على المذهب.

قال: **(فَإِنْ فُقِدَ)** أي: حسًا أو حكمًا.

(فَالْقَاضِي) أي: للولاية العامة لا البعيد، وقال القاضي أبو الطيب: يجيء على قول ابن الحداد أن البعيد يزوجها منه، وهو ضعيف؛ لأن الولاية لا تنتقل بذلك بخلاف الفسق.

قال: **(فَلَوْ أَرَادَ الْقَاضِي، نِكَاحَ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا زَوَّجَهُ مَنْ فَوْقَهُ مِنَ الْوُلَاةِ أَوْ خَلِيفَتُهُ)** أي: لا يزوج نفسه على الصحيح؛ لأنه عقد مفاوضة ملكه بالإذن فلا يجوز تولي طرفيه كالبيع، وقيل: للقاضي وابن العم والمعتق أن يزوجها من نفسه إذا نصت عليه، وإلا فلا، على أقوى الوجهين، وقيل: للإمام الأعظم خاصةً تولي الطرفين لنفسه؛ للضرورة؛ لأنه ليس فوقها من يزوجه، وقيل: لا يصح قبول الحاكم من خليفته؛ لأنه فرعه وقول الرَّافِعِي: يزوجه الإمام أو يخرج إلى قاضي بلدة أخرى؛ ليزوجها منه، إنما يستمر إذا كانت الزوجة في عمل ذلك القاضي؛ إذا خرجت إليه مع هذا الخاطب، وإلا فالقاضي لا يزوج من ليست في محل ولايته، كما صرح به القاضي الحسين والْبَغَوي والْغَزَالِيُّ، وإنما يحتاج إلى الخروج إذا لم يكن بالبلد قاضٍ آخر مستقل، إذا جوزنا ذلك، وهو الأصح، وقوله: ويستخلف خليفته؛ ليزوجها منه إذا كان له الاستخلاف يشبه أن يلتفت

---

(١) تقدم تخريجه.

وَكَمَا لَا يَجُوزُ لِوَاحِدٍ تَوَلِّي الطَّرَفَيْنِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ وَكِيلًا فِي أَحَدِهِمَا أَوْ وَكِيلَيْنِ فِيهِمَا فِي الْأَصَحِّ.

هذا على أن من أذن له الحاكم في أمر خاص هل ينزل منزلة الاستخلاف أو لا؟

إن قلنا: نعم، صح كالخليفة في الأحكام، وإلا فلا؛ لأنه وكيل لا حاكم إلا أن يتضح فرق بين قوله: أذنت لك في تزويجها مني، وبين قوله: استخلفتك فيه، وفيه بعد ثم رأيت في «تعليق» الْبَغَوي أنه يأمر من يزوجها منه، وهذه تولية لا توكيل، حتى لو قال: وكلتك، لا يجوز، وكذا لو قال: زوجها مني، كان توكيلًا، ولم يجز ذلك، انتهى.

هكذا قال فيما إذا أراد الإمام التزويج، ولا فرق بينه في هذا وبين القاضي، وتزويج كل واحد من هؤلاء من ابنه الصغير كالتزويج من نفسه لا يصح على المذهب.

قال: (**وَكَمَا لَا يَجُوزُ لِوَاحِدٍ تَوَلِّي الطَّرَفَيْنِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ وَكِيلًا فِي أَحَدِهِمَا أَوْ وَكِيلَيْنِ فِيهِمَا فِي الْأَصَحِّ**) لأن فعل الوكيل كفعل الموكل، والثاني: يجوز؛ لانعقاده بأربعة، وقيل: يجوز ذلك للجد دون غيره، وقيل: بالمنع في غير الجد قطعًا؛ وإثبات الوجهين في الجد فقط[1].

فرع: إذا قالت لابن العم أو المعتق: تزوجني، أو زوجني ممن شئت، لم يكن للقاضي تزويجها منه؛ لأن المتبادر التزويج من غيره، ولو قالت: زوجني من نفسك، حكي في «التهذيب» عن بعضهم أنه يجوز للقاضي تزويجها منه بذلك، وجزم به في «تعليقه».

وقال في «التهذيب»: عندي لا يجوز؛ لأنها لم تأذن للقاضي.

قال في «الروضة»: والصواب الجواز؛ لأن معناه فوض إلي من يزوجك إياي، وفيما قاله - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - نظر؛ لأن المرأة قد تجهل امتناع مباشرته؛ بل تعتقد جوازها فلا يكون إذنها له إذنًا للتفويض؛ بل إذنًا في مباشرته ذلك بنفسه، وهو فاسد، وما أبداه الْبَغَوي جزم في «الكافي»، وهو الأشبه.

---

(١) في الأصل: (ولثبات وجهين).

فَصْلٌ

زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ غَيْرَ كُفْءٍ بِرِضَاهَا أَوْ بَعْضَ الْأَوْلِيَاءِ الْمُسْتَوِينَ بِرِضَاهَا وَرِضَا الْبَاقِينَ صَحَّ، وَلَوْ زَوَّجَهَا الْأَقْرَبُ بِرِضَاهَا فَلَيْسَ لِلْأَبْعَدِ اعْتِرَاضٌ، ....

قال:

(فَصْلٌ:

زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ غَيْرَ كُفْءٍ بِرِضَاهَا أَوْ بَعْضَ الْأَوْلِيَاءِ الْمُسْتَوِينَ بِرِضَاهَا وَرِضَا الْبَاقِينَ صَحَّ)؛ لِأَنَّ الْكَفَاءَةَ حَقٌّ لها وللأَوْلِيَاءِ، وَقَدْ رَضوا بِتَرْكِهَا، وليست بشرط في الصحة «وقد أَمَرَ ﷺ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ - رضي الله عنها - بِنِكَاحِ أُسَامَةَ، فنكحها بأمره»[1]. وفي الصحيحين: «أَنَّ أَبَا حُذَيْفَةَ رضي الله عنه زَوَّجَ سَالِمًا مَوْلَاهُ لِابْنَةِ أَخِيهِ الْوَلِيدِ بْنِ عُتْبَةَ»[2] وأَنَّ الْمِقْدَادَ رضي الله عنه تَزَوَّجَ ضُبَاعَةَ بِنْتَ الزُّبَيْرِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ».

قال الْمُتَوَلِّي: لكن يكره ذلك، وفي إطلاق الكراهة نظرٌ.

نعم، قال ابن عبد السلام: يكره تزويجها من فاسق برضاها كراهةً شديدةً إلا أن يخاف من فاحشة أو ريبة.

قلت: ولا يبعد التحريم إذا كان ممن عرف بإتيان النساء في أدبارهن أو [بالدياثة] لما فيه من الإعانة على المعصية، وتشتد الكراهة إذا كان كسبه حرامًا، وأغرب الْمَاوَرْدِيُّ فقال: لو استأذن الأب فيهم يعني في غير الأكفاء؛ فعلى وجهين:

أحدهما: يجوز؛ لأنه عن الإذن كالبنت.

والثاني: لا يجوز؛ لأن ابتداءها لا يجب، فأشبهت الصغيرة، وهذا غريبٌ لم أرَه في كلام غيره.

قال: **(وَلَوْ زَوَّجَهَا الْأَقْرَبُ بِرِضَاهَا؛ فَلَيْسَ لِلْأَبْعَدِ اعْتِرَاضٌ)** لأنه ليس بولي في الحال.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٧١٤)، وابن حبان (٤١٢٥).
(٢) أخرجه البخاري (٤٦٩٨)، وابن حبان (٤٢٨٨).

وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ بِهِ بِرِضَاهَا دُونَ رِضَاهُمْ لَمْ يَصِحَّ، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ، وَلَهُمُ الْفَسْخُ، وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي تَزْوِيجِ الْأَبِ بِكْرًا صَغِيرَةً أَوْ بَالِغَةً غَيْرَ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَاهَا فَفِي الْأَظْهَرِ بَاطِلٌ، وَفِي الْآخَرِ يَصِحُّ، وَلِلْبَالِغَةِ الْخِيَارُ، وَلِلصَّغِيرَةِ إِذَا بَلَغَتْ، ....

قال: (**وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ**) أَيْ: أَحَدُ الْمُسْتَوِينَ في الدرجة.

(**بِهِ بِرِضَاهَا دُونَ رِضَاهُمْ لَمْ يَصِحَّ**)، ونصَّ عليه في «الأم» و«المختصر» لِأَنَّ لَهُمْ حَقّ الْكَفَاءَةِ؛ فَاعْتُبِرَ إذنهم كإذنها.

قال الشيخ: (**وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ، وَلَهُمُ الْفَسْخُ**) قاله في «الإملاء»؛ إذ النُّقْصَان يَقْتَضِي الْخِيَارَ لَا الْبُطْلَانَ، واختلفوا على طرق: أصحها: إثبات القولين، أصحهما: الفساد؛ لتصرفه في حقِّهم بغير إذنهم، ومنهم مَنْ قطع بالبطلان، ومنهم مَنْ عكس، ومنهم كما قال في «الحاوي»: مَنْ حمل النصين على حالين: البطلان على ما إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ عَالِمًا بالصحة، وَثُبُوتِ الْفَسْخِ على ما إذا كان جاهلًا، قال: وَهَذَا أَصَحُّ الْمَذْهَبَيْنِ، وَأَوْلَى الطَّرَفَيْنِ، ولم أرَ القطع بالصحة مطلقًا إلا في كلام الرَّافِعِيِّ.

وقال الدَّارميُّ: إنْ كان غير عالم وقت العقد أنه ليس بكفءٍ، صحَّ قولًا واحدًا، وللباقين الخيار.

قال: (**وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي تَزْوِيجِ الْأَبِ بِكْرًا صَغِيرَةً أَوْ بَالِغَةً غَيْرَ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَاهَا؛ فَفِي الْأَظْهَرِ بَاطِلٌ**)؛ لِأَنَّهُ عَلَى خِلَافِ الْغِبْطَةِ.

(**وَفِي الْآخَرِ يَصِحُّ، وَلِلْبَالِغَةِ الْخِيَارُ**) أي: فِي الْحَالِ، وقيل: لا تتخير، وعليها الرضا بعقد الأب.

(**وَلِلصَّغِيرَةِ إِذَا بَلَغَتْ**)، وفي خيار الولي في صغرها؛ وجهان، وقيل: قولان، وجه المنع تعلقه بالشهوة ثم إذا أثبتناه، فقيل: يختص بحالة جهله، ومنهم مَن أثبته في الحالين؛ لأنه غير عاقد لنفسه، عدنا إلى أول المسألة.

قال الرَّافِعِيُّ: روى ابن كَج طريقةً أخرى، وهي تنزيل القولين على حالين، وذكر ما أسلفناه عن «الحاوي»، وكلام الْمُتَوَلِّي يفهم تخصيص الخلاف بحالة الجهل؛ حيث قال: ولو زوَّجها - يعني: الأب - ممن يعتقد

....

فيه الكفاءة [وظهر فيه نقص؛ لعدم الكفاءة] فهل يصحُّ؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، لو باع مال طفلة بثمن معلوم، ثم بان أنه دون ثمن المثل.

والثاني: نعم، كما لو اشترى شيئًا فوجده معيبًا؛ فعلى هذا هل للأب الفسخ؟ وجهان.

وعبارة القاضي أبي الطيب في «المجرد»: فعلى هذا هل يجب عليه الفسخ؟ قولان:

أحدهما: يلزمه أن يفسخه كما لو اشترى سلعةً، فوجد بها عيبًا.

والثاني: يتركه حتى يبلغ، فيفسخ إن شاء، ومِن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يبطلُ.

والثاني: يصحُّ، ويجب عليه الفسخ.

والثالث: يصحُّ، ويؤخر الفسخ، انتهى.

وادَّعى ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» أن كلام العراقيين يفهم أن محل الخلاف في الصحة حالة الجهل، وأخذه من تعليل الْبَنْدَنِيجِيِّ، وغيره يقول: الصحة بالقياس على شراء المعيب، مع العلم بثمن السليم؛ فإنه لا يصح قطعًا.

قال: وقد صرَّح الْمَاورْدِيُّ بأنه إذا زوَّج ابنته بمعيبٍ مع العلم؛ لا يصح قولًا واحدًا، وخصَّ الخلاف في ذلك بحالة الجهل، انتهى.

وكلامُ الرَّافِعِيِّ يقتضي طرد الخلاف في الصحة فِي حَالَتَيْ الْعِلْم وَالْجَهْلِ، وهو قضيته، نسبه الْغَزَالِيُّ إلى العراقيين، ثبوت الخيار فِي حَالَتَيْ الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ، وقد نسب الرَّافِعِيُّ ذلك إلى ابن كَجٍ وآخرين.

ويعجب ابن الرِّفْعَة من جزم الْغَزَالِيِّ إلى النقل عن العراقيين، بمجرد الخلاف في ثبوت خيار الفسخ للولي، وإنْ كان عالمًا مع تردد إمامه في ذلك؛ حيث قال: يجوز أن يقال بتخصيص التردد بما إذا فعله عن غير علم بالحال، أما

وَلَوْ طَلَبَتْ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا السُّلْطَانُ بِغَيْرِ كُفْءٍ فَفَعَلَ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ.

لو إذا قدم عالمًا؛ فلا خيار له، ويجوز أن يقال بالثبوت له مع علمه؛ لأنه لا يتصرف لنفسه، وهذا يؤدي إلى ثبوت نكاحه مع استمرار الخيار فيه، وما عندي أن ذلك يحتمل؛ فالوجه القطع بتخصيص حق التدارك بحالة الجهل، انتهى.

قال: (**وَلَوْ طَلَبَتْ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا السُّلْطَانُ بِغَيْرِ كُفْءٍ، فَفَعَلَ؛ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لِأَنَّهُ كالنَّائِبُ النَّاظر لأولياء النَّسَبِ، وبهذا قَالَ الصَّيْدَلَانِيُّ، وأفتى به القاضي الحسين، وادَّعى الْمُتَوَلِّيُّ أنه المذهب.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ كَالْوَلِيِّ بالنَّسبِ والولاء، وبه قطع الشيخ أبو محمد، قال: لا يرجع على المسلمين فيه عار، وبه جزم الدبيليُّ والعباديُّ في «أدب القضاء» لهما، وصاحب «الترغيب»، وصححه الإمام، وشُرَيْح الرُّويَانِيّ في «روضته».

وقال في «البسيط»: إنه المذهب والقياس، وظاهر كلام الهرويِّ في «الإشراف»: أنه المذهب؛ فإنه قال بعد ذكره: وفيه قول آخر: إنه لا يزوج من غير كفءٍ، وعن «طبقات العباديِّ» عن الإصطخري: أنه نقل الجواز عن النصِّ؛ لحديث فاطمة بنت قيسٍ.

قلت: وهو المختار، والجواب عن حديث فاطمة وغيره، عَسِرٌ.

قال الْمُتَولِّيُّ: وأصل المسألة أن السلطان هل يجعل كالوارث المعين؟ حتى إذا قتل مَنْ لا وارث له، هل له العفو عن القصاص أم لا؟ فإن جعلناه كالمعين صحَّ، وإلا فلا، انتهى.

وكنت أود لو قيل: إنْ كَانَتْ كَاسِدَةً؛ لقبحٍ أو فقرٍ وحاجةٍ أو خائفة العنت أو على نفسها زوجها، وإنْ انتفت هذه الأمورُ فلا. وأغرب الدبيليُّ فقال: لو غاب الولي إلى مسافة القصر، فجاءت المالكة لأمرها إلى الحاكم، وعينت رجلًا، وطلبت تزويجها منه؛ فليس له أن يقول: لا أزوِّجك إلا من كفءٍ؛ لأن الحق لها، وقد رضيت بذلك الرجل، فوجب على القاضي العقد؛ فإذا جاء الولي ولم يرضَ؛ فهو بالخيار، إنْ شاء فسخ، وإنْ شاء أمضى.

فَصْلٌ

وَخِصَالُ الْكَفَاءَةِ: سَلَامَةٌ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلْخِيَارِ ....

تنبيهٌ مهمٌّ: كلامُ «الكتاب» يقتضي أن الأب متى زوَّج من كفءٍ صحَّ.

ونقل الجوري في «المرشد» في نقله نصوص الشَّافِعِيِّ أنه قال: وإنما يجوز أمر الأب على البكر في النِّكاح إذا كان ذلك حظًّا لها، وغير نقص عليها، ثم قال: في الابن إذا زوَّجه جذماء، أو برصاء، أو مجنونةً، أو رتقاء، أو امرأة في نكاحها ضرر عليه، أو ليس فيها وطر، مثل عجوز فانية، أو عمياء، أو قطعاء، أو ما أشبه هذا؛ لم يجز. وإذا نصَّ الشَّافِعِي رضي الله عنه [على المنع] في حقِّ الابن؛ ففي البنت أولى، وحينئذٍ ليس له تزويجها من هرم، ولا أعمى، ولا أقطع.

وقال ابْنُ خَيْرَانَ فِي «اللَّطِيفِ»: ولا يجوز أن يزوِّجها من خصي، ولا مجنون.

وقال الصَّيمريُّ: ولا يزوِّج ابنته بشيخ هرم، ولا بمقطوع اليدين والرجلين، أو أعمى، أو زمن، أو فقير مُزْمن، وهي غَنيةٌ، فإنْ فعل ذلك فسخ.

وفي «فتاوى القاضي الحسين»: أنها لو أذنت في تزويجهامن أعمى صحَّ، وقضيته أنه لا يصح من غير إذن، وبالجملة فظاهر كلام الشَّافِعِيِّ أنه إذا كان النكاح على خلاف الحظِّ لها أنه لا يصح، وهو المذهب المعتمد، وهو ظاهرٌ من حيث المعنى؛ فيجب الوقوف معه، ولا يغتر بما خالفه، والْمَذْهَبَ نُقِلَ، والمعنى يؤيده؛ فتعين اعتماده.

[فصل]

قال: (**وَخِصَالُ الْكَفَاءَةِ**) أي: وهي التَّسَاوِي وَالتَّعَادُلُ، ومنه كفتا الميزان.

(**سَلَامَةٌ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلْخِيَارِ**)، لَمَّا ذكر اعْتَبَار الْكَفَاءَة، شَرَعَ فِي بَيَانِ الكفاءة، والأصل في الباب ما روي مرفوعًا: «**لَا تَنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ**»[1].

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٤٤) وقال: مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها. والبيهقي (٧/ ١٣٣، رقم ١٣٥٣٨) وقال: ضعيف.

....

وجاء عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لأمنعن تزويج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»[(١)].

وقال الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه في «البويطيِّ»: أصل الكفاءة يستنبط من حديث بَرِيرَةَ، كان زوجها غير كفءٍ لها؛ فَخَيَّرَهَا رَسُولُ الله ﷺ[(٢)].

ثم المشهور اعتبار الكفاءة عندنا في خمسة أشياء: السَّلَامَةُ مِنْ الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلْخِيَارِ، كما سيأتي، والْحُرِّيَّةُ، وَالنَّسَبُ، وَالدِّينُ، وَالصَّلَاحُ، وَالْحِرْفَةُ، وزاد في «الحاوي» وغيره: المال والسِّن، وسيأتي الكلام على ذلك.

ولنا قول رواه ابن المنذر [عن البويطيِّ] عن الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه كمذهب مالك رضي الله عنه: أنه لا يعتبر إلا الدين، وهو قويٌّ بدليل ما حسَّنه الترمذيُّ: «**إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ وَفَسَادٌ كبيرٌ**»[(٣)] وسنعيده من بعد، إذا عرف هذا؛ فأحد الخصال المرعية التَّنَقِّي مِنْ الْعُيُوبِ المثبتة للخيار؛ لما يحصل بها من العيافة، واختلال مقصود النكاح.

واستثنى صاحبا «التهذيب» و«الكافي» الْعُنَّةِ، وسكوتُ الْمَاوَرْدِيِّ عنهما يفهم موافقتهما.

وقال الْبَغَوِيُّ: لا يتحقق؛ فلا نظر إليها في الكفاءة.

وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» وغيره: التَّسْوِيَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ غَيْرِهَا صريحًا، وَإِطْلَاقُ الْجُمْهُورِ يُوَافِقُهُ؛ فالمعيب لا يكافئ السليم، وكذا لو اختلف عَيْبَهُمَا إلا أن يَكُونَ مَجْبُوبًا -بالباء- وهي رتقاء[(٤)]، فكالجنس الواحد، وإنْ اتَّحَدَ العيب، وكان عيبه أفحش أو أكثره؛ فَلَيْسَ بِكُفْءٍ، وإنْ انعكس أو تساويا

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ١٣٣، ١٣٥٣٩)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٦/ ١٥٢).

(٢) أخرجه البخاري (١٥/ ٣٧٧)، ومسلم (١٠/ ٣٧) وأبو داود (٢/ ٢٧١، رقم ٢٢٣٦)، والبيهقي (٧/ ٢٢٥، رقم ١٤٠٦١).

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٤، رقم ١٠٨٤)، وابن ماجه (١/ ٦٣٢، رقم ١٩٦٧).

(٤) أَيْ: التي لا يستطاع جماعها أو لا خرق لها إلا المبال خاصة.

وَحُرِّيَّةٌ، فَالرَّقِيقُ لَيْسَ كُفْئًا لِحُرَّةٍ، وَالْعَتِيقُ لَيْسَ كُفْئًا لِحُرَّةٍ أَصِيلَةٍ، ....

فوجهان؛ بناءً على ثبوت الخيار حينئذٍ، ويجريان في المجبوب والرتقاء، وسيأتي بيان ذلك وغيره هناك.

وألحق الرُّويَانِيُّ بالعيوب الخمسة الْعُيُوبَ الْمُنَفِّرَةَ كَالْعَمَى، وَالْقَطْعَ، وَتَشَوُّهِ الصُّورَةِ، وَقَالَ: هِيَ تَمْنَعُ الْكَفَاءَةَ عِنْدِي، وَاخْتَارَهُ الصَّيْمَرِيُّ وجماعة، وما سبق عن نصِّ الشَّافِعِيِّ يؤيده، وأرسل الْمَاوَرْدِيُّ فيها وجهين.

واعلم أن جميع ما يثبت الخيار معتبر في حقِّ المرأة، وأما في حقِّ الأولياء؛ فإنما يعتبر منها ما يلحقهم به العار، فلو زوَّجها بعضهم بعنين أو مجبوب - بالباء- برضاها دون رضاهم؛ صحَّ، كما بيِّنوه هناك، وظاهر كلامهم هنا يقتضي الثبوت إلا أن يؤول كما أشرت إليه في «الغنية».

قال: (**وَحُرِّيَّةٌ؛ فَالرَّقِيقُ لَيْسَ كُفْئًا لِحُرَّةٍ**) أي: ولو عتقه؛ لقصة بَرِيرَةَ حين عتقت كما سيأتي؛ لأنها تتعيَّر بافتراشه، وَتَتَضَرَّرُ بإعساره، وليس كفئًا لمن بَعْضُهَا حُرٌّ على الأصحِّ في «الْمُسْتَظْهِرِيِّ» و«الذخائر».

(**وَالْعَتِيقُ لَيْسَ كُفْئًا لِحُرَّةٍ أَصْلِيَّةٍ**) أي: لِنَقْصِهِ عَنْهَا، وكذا من مسَّ الرِّقُّ أحد آبائه ليس كفئًا، لمن لم يمس الرِّقُّ أحد آبائها، ولا من مسَّ الرِّقُّ أبًا أقرب في نسبه كفئًا، لمن مسَّ أبًا أبعد في نسبها.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ جريان الرِّقُّ فِي الْأُمَّهَاتِ مُؤَثِّرًا.

قال المصنف: وَهُوَ الْمَفْهُومُ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ: إنه لا يؤثر، وَبِهِ صَرَّحَ صَاحِبُ «الْبَيَانِ»؛ فَقَالَ: وَمَنْ وَلَدَتْهُ رَقِيقَةٌ كُفْءٌ لِمَنْ وَلَدَتْهُ عَرَبِيَّةٌ، هذا ما أورده في هذه الخصلة، وفي «الكافي» للخوارزمي: والاعتبار في النسب بالأب دون جانب الأم.

وفي «الحاوي»(١): الْعَتِيقُ غير كفءٍ لِحُرَّةٍ أَصْلِيَّةٍ، وإنْ لم يجر عليه رق؛ بل كان ابن عتيق؛ فوجهان، والذي يفهمه كلام العراقيين أو أكثرهم: أن الحرية إنما تعتبر في الزوج فقط، ولا نظر إلى الآباء.

---

(١) في نسخة (الكافي).

وَنَسَبٌ، فَالْعَجَمِيُّ لَيْسَ كُفْءَ عَرَبِيَّةٍ، وَلَا غَيْرُ قُرَشِيٍّ قُرَشِيَّةً، وَلَا غَيْرُ هَاشِمِيٍّ وَمُطَّلِبِيٍّ لَهُمَا، ....

قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: والمرأة إذا كان لها أَبَوَان فِي الْإِسْلَام، والزوج مسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام؛ فإنه كفءٌ لها.

قال: والاعتبار في شرائط الكفاءة بالمتناكحين دون آبائهما؛ وبذلك جزم الرُّويَانِيُّ في «التجربة»، والظاهر أن ما رأيته فيها: «والْمعَتقُ كفءٌ لِحُرَّةٍ أَصْلِيَّةٍ» زللٌ من ناقلٍ[1].

قال: **(وَنَسَبٌ)** لِأَنَّ الْعَرَبَ تَفْتَخِرُ بِهِ أَتَمَّ الفخرِ، وعدَّ الشَّارح[2] في «الْمطَالَبِ»: الحسب، وهو النَّسب، وإذا طلب في النساء؛ ففي الرجال أولى.

قال: **(فَالْعَجَمِيُّ لَيْسَ كُفْءَ عَرَبِيَّةٍ)** لشرف العربية على غيرهم.

(وَلَا غَيْرُ قُرَشِيٍّ قُرَشِيَّةً) لأن الله تعالى فضَّل قريشًا على غيرها من النَّاس؛ لمكان النبي ﷺ؛ ولحديث: «**قَدِّمُوا قُرَيْشًا، وَلَا تَقَدَّمُوهَا**»[3].

وفي «صحيح مسلم»: «**إِنَّ اللهَ اصْطَفَى كِنَانَةَ مِنْ بَنِي إِسْمَاعِيلَ، وَاصْطَفَى مِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشًا، وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ**»[4].

قال: **(وَلَا غَيْرُ هَاشِمِيٍّ وَمُطَّلِبِيٍّ لَهُمَا)**، لما سبق عن «صحيح مسلم»؛ لكن المُطَّلبيَّ كفءٌ للهاشمية؛ لقوله ﷺ: «**نَحْنُ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ**»[5] رواه البخاري.

وقيل: قريش كلهم سواء؛ لأنهم أكفاء في الإمامة، وبه قال البصريون من أصحابنا، ووقع في كلام جماعة منهم القاضي الحسين، وسليم الرَّازي: أن غير الهاشمي من قريش لا يكون كفئًا لهاشمي، وهو يفهم أَنَّ الْمُطَّلِبِيَّ غير كُفْءٍ لِلْهَاشِمِيَّةِ، ولا أحسبه وجهًا محققًا، وإنما وقع تَسَمُّج[6] في العبارة.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١٢/ ٢٠٠).
(٢) في نسخة: (الشارع).
(٣) أخرجه الشافعي في «المسند» (١/ ٢٧٨).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) في نسخة: (تسمح).

وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ النَّسَبِ فِي الْعَجَمِ كَالْعَرَبِ، ....

قال: (**وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ النَّسَبِ فِي الْعَجَمِ كَالْعَرَبِ**) أي: قِيَاسًا عَلَيْهِمْ.

والثاني: لا؛ لأنهم لا يَعْتَنُونَ بِحِفْظِه.

فعلى الأول الْفُرْسُ أَفْضَلُ مِنَ الْقِبْطِ، وَبَنُو إِسْرَائِيلَ أَفْضَلُ مِنَ الْقِبْطِ؛ لِسَلَفِهِمْ وَكَثْرَةِ الْأَنْبِيَاءِ فِيهِمْ، قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ.

قال الرَّافِعِيُّ: وقضية اعتباره في العجم الاعتبار فيمن سوى قريش من العرب أيضًا؛ لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء.

واعلم أن قضية كلام «الروضة» أن الأصحَّ اعتبار النسب في العجم، وأنه لا يعتبر في العرب إلا في قريش مع غيرها من العرب، وأن غير قريش من سائر العرب أكفاء، ويمكن تنزيل كلام «المنهاج» عليه؛ إذ لو تفاوت غير قريش من العرب لذكره، ولم أَرَ من قال باعتبار النسب في العجم، مع عدم اعتباره في بقية العرب غير قريش، وهذا ومثله إنما يحصل من جمع فقه الطرق المتباينة مع عدم التقصي.

وقد قال الرَّافِعِيُّ: إن مقتضى قول من اعتبر النسب في العجم أن يعتبر ذلك في بقية العرب غير قريش، وما قاله - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - حقٌّ، فكأنه لم يظفر بالنقل فيه؛ بل رأى كلام فريق يدلُّ على أن غير قريش من العرب[1] متكافئون، وهؤلاء عندهم العجم متكافئون، وإذا كانت قضية كلام الأكثرين كما قاله في «الروضة»: إن غير قريش من العرب متكافئون، كانت قضية قولهم: أنه لا يعتبر النسب في العجم، من باب أولى؛ فيكون الصحيحُ عدم اعتباره في العجم.

وقد أوضحت ذلك في «الغنية» أتمَّ إيضاح، وثبت أن المذهب عدم اعتباره في العجم، والمعنى يعضده؛ فهو الصواب نقلًا ومعنىً؛ لأن طريقة العراقيين أن العرب غير قريش متكافئون، والعجم عندهم متكافئون، وأما المراوزة، فقال القاضي: العجم كلُّهم متكافئون من حيث النسب، وأما العرب فالعجم لا

(١) في نسخة: (غير العرب من قريش).

....

يكافئوهم، والعربي لا يكون كفئًا للكتابي، والكتابي لا يكون كفئًا للقرشيِّ، والقرشيُّ غير الهاشمي، ليس كفئًا للهاشميِّ.

وقال الْمُتَولِّيُّ: بين العرب تفاوت، وقريش أفضلهم، وقريش بينهم تفاوت؛ فكلُّ بطنٍ كانوا أقرب إلى رسول الله ﷺ فهم أفضل.

ثم قال: والعجم ما جرت عادتهم بحفظ الأنساب؛ ولكن لهم في الكفاءة عُرْفٌ، وهو أنهم يقدِّمون الأقرب إلى الرؤساء والقضاة والعلماء على السوقة فيعتبر عُرْفهمْ، انتهى.

فحصل في اعتبار النسب في غير قريش من العرب وجهان؛ فإن لم يعتبر في العجم، وإلا فوجهان، وهذا خارج من طريقة القاضي الحسين؛ لأنه قدَّم كنانة على غيرها، وقال: إنه لا يعتبر في العجم، وهو عكس قضية كلام «الروضة»، وهو الصوابُ، أعني: عدم اعتبار النسب في العجم، كما صرَّح به الشيخ أبو حامد، وأتباعه من العراقيين، وغيرهم، وصرح به من المراوزة القاضي، والْمُتَولِّي، ونقله الرَّافِعِي عن شيخهم الْقَفَّال، وأبي عاصم، فلم أَرَ من رجَّح اعتباره فيهم إلا الْبَغَوي، ومَنْ تبعه.

وصرَّح في «الكافي»: بأن المراد به الانتساب إلى الْعُلَمَاءِ وَالصُّلَحَاءِ الذين لا يفنى ذكرهم بعد موتهم، لا إلى الظَّلَمَة من الأمراء والوزراء، انتهى.

وأحسب ذلك مراد الْبَغَويِّ، أعني: النسبة إلى الْعُلَمَاءِ وَالصُّلَحَاءِ، لا مطلقًا، ولا شكَّ أنهم يفتخرون بذلك، ويحفظونه، وسنذكرُ عن الإمام والْغَزَالِيِّ نحوه.

تنبيهات: **أولها**: قال الفارقيُّ: وأمَّا أهل الْحَضَرِ وَالْمُتَوَلِّدَةُ، فَمَنْ كَانَ مِنْهُمْ مَضْبُوطُ النَّسَبِ، فَكَالْعَرَبِ الْعَرْبَاء؛ فهو كفءٌ للْأَعَجِمِي.

ثانيها: قال في «الروضة» في آخر الفصل: فرع: قال الإمام والْغَزَالِيُّ: لَا اعتبارَ بِالِانْتِسَابِ إِلَى عُظَمَاءِ الدُّنْيَا وَالظَّلْمَةِ، الْمُسْتَوْلِينَ عَلَى الرِّقَابِ، وَإِنْ كان الناس قد يتَفَاخَرون بهم.

....

وهذا الذي قالاه لا يساعده كلام النقلة، وقد قال الْمُتَولِّي: وَلِلْعَجَمِ عُرْفٌ في الكفاءة، فَيُعْتَبَرُ عُرْفهم، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِيِّ: اعلم أن كلام أكثر الأصحاب في النَّسبِ ما قدَّمناه.

وذكر الإمام أن شَرَفُ النَّسَبِ يثبتُ مِنْ ثَلَاثِ جِهَاتٍ:

إِحْدَاهَا: الِانْتِهاءُ إِلَى شَجَرَةِ رَسُولِ الله ﷺ قال في «البسيط»: ولذلك يرعى القرب والبعد منه.

وَالثَّانِيَةِ: الِانْتِمَاءُ إِلَى الْعُلَمَاءِ؛ فَإِنَّهُمْ وَرَثَةُ الْأَنْبِيَاءِ، وَبِهِمْ رَبَطَ اللهُ تَعَالَى حِفْظَ الْمِلَّةِ.

وَالثَّالِثَةُ: الِانْتِمَاءُ إِلَى أَهْلِ الصَّلَاحِ وَالتَّقْوَى.

قال في «البسيط» تلخيصًا لكلام شيخه: ويعني به المشهور بالورع والصلاح الذي لا ينسى أمره على تناسخ الدهور؛ فإنه الذي يرفع النسب، ثم ذكر أنه: لَا عِبْرَةَ بِالِانْتِسَابِ إِلَى عُظَمَاءِ الدُّنْيَا وَالظَّلَمَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: وفي هذه الطريقة تصريحٌ بأن الانتساب إلى كل واحدة من هذه الجهات يقتضي الفضيلة برأسه، وعلى هذا لا يمكن إطلاق القول بأن العجم أكفاء، وكذلك من سوى قريش من العرب، وكذا بنو هاشم، وما ذكر أن الانتساب إلى عظماء الدنيا لا عبرة به؛ فكلام النقلة لا يساعده، وهذا لأن صاحب «التتمة» يقول: وَلِلْعَجَمِ عُرْفٌ في الكفاءة؛ فيتبعُ عُرفهم، انتهى.

وأحسبُ الْمُتَوَلِّيَّ أراد بذلك ما فصَّله الإمام، وقد سبق قول الْمُتَولِّيِّ: والعجم ما جرت عادتهم بحفظ الأنساب.

وقال صاحب «الكافي»: والنسب في العرب والعجم من شرائط الكفاءة على الأصحِّ.

ثم قال: والاعتبار في نسب العجم هو الانتساب إلى العلماء الذين هم ورثة الأنبياء، وإلى الصلحاء الذين لا ينسى ذكرهم بعد موتهم، لا إلى الظَّلمة من الأمراء والوزراء.

....

وذكر في «الترغيب» اعتبار النسب، ثم قال في آخر كلامه: إذا فقد بعضها، كنسب رسول الله ﷺ لَا يَنْجَبِرُ بفضيلة أخرى، أما النَّسب للصُّلحاء والأولياء والعلماء المذكورين على وجهين، انتهى.

وأحسبُ أن المراد بما سبق أولًا من الكلام في النَّسبِ غير مخالفٍ لما قاله الإمام والْغَزَالِيُّ أو ذلك الخلاف في شجرة النَّسبِ، وأعراق الآباء في صفات مكتسبة من علمٍ أو صلاحٍ، وسيأتي في «الحاوي» ما ينازع الإمام فيما ذكره ونحوهما؛ فتأملْ وتدبرْ.

ثالثها: جميع ما سبق؛ بناءً على المشهور، وإلا فقد نقل ابن المنذر عن البويطيِّ عن الشَّافِعِيِّ أن الكفاءة في الدِّين لا غير.

ورأيت ذلك في «كتاب البويطيِّ»، وفي «طبقات العباديِّ» في ترجمة محمد بن عبد الحكم: وسُئِلَ الشَّافِعِي عن نكاح العامة الهاشميات؛ فقال: إنَّه جائزٌ، وورد أنه لا يجوز إلا أني لا أرى فسخه والمنع منه؛ لأني سمعت الله يقول: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ أُوْلَٰٓئِكَ هُمْ خَيْرُ ٱلْبَرِيَّةِ ۝٧﴾ [البينة: ٧].

وحُكي في ترجمة الحارث بن مسكين أنه قال: راددتُ الشافعيَّ حيث يقول: الكفاءة في الدِّين لا في الحسب، انتهى، [يعني: النَّسب].

وذكر الحافظ أبو الحسن الأثري السجزي في «مناقب الشَّافِعِيِّ» عن الحارث بن مسكين قال: لقد أحببتُ الشَّافِعِيَّ، وقرب من قلبي؛ لما بلغني أنه يقول: الكفءُ في الدين لا في النسب، قال الحارث: فقلت: إنَّه لا يخرجه إلى هذا القول إلا بإذنه على أنه رجل من قريش.

وفي رواية عن الحارث قال: ما زال في نفسي من الشّافعيِّ حتى بلغني أنه سُئِلَ عن الأكفاء؛ فقال: الأكفاء في الدِّين ليس الأكفاء في الحسب.

قال أبو الحسن: وسألت أبا نعيم عبد الملك بن محمد بن عدي بجرجان عن الكفءِ؛ فقال: سألت الربيع بن سلمان عن الكفءِ، فقلت له: إلى ما كان

وَعِفَّةٌ فَلَيْسَ فَاسِقٌ كُفْءَ عَفِيفَةٍ، ....

يذهب الشَّافِعِيُّ، فلم يجبني، ثم سألته، فلم يجبني، فقلت له: إن في كتاب «المختصر»: أن الشَّافِعِيَّ قال: إن الكفء هو الدِّين، وقلبي يضرب عن هذه المسألة، فأخبرني يا أبا محمد، فقال الربيع: جاء رجلٌ إلى الشَّافعيِّ -يعني: فسأله عن ذلك- فقال: أنا عربي، لا تسألني عنه، فقلت: فالذي كنت ترى أنه كان يذهب إليه أن الكفء هو الدِّين، فقال: أنا أسكت عنه، كما كان هو يسكت عنه، قال لي أبو نعيم: نعم.

هكذا في النسخة، وكان فيها خللٌ، وأراد بالمختصر «مختصر البويطيِّ» الذي يرويه الربيع، وهذا القولُ هو المختار الأقوى في غير الرقيق، ولا يدفع؛ لأدلته، ومنها: ما رواه الإمام أحمد: حَدَّثَنَا وَكِيعٌ عَنْ أَبِى هِلَالٍ عَنْ بَكْرٍ عَنْ أَبِي ذَرٍّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهُ: «**انْظُرْ فَإِنَّكَ لَيْسَ بِخَيْرٍ مِنْ أَحْمَرَ وَلَا أَسْوَدَ إِلَّا أَنْ تَفْضُلَهُ بِتَقْوَى الله**»(١) وهو قضية الآية الكريمة: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣].

ولم يصب ابن الرفعة في قوله في «الكفاية»: إن هذا القول ليس بشيءٍ، نعم هو كما قال الرَّافِعِيُّ: خلاف المشهور.

قال: (**وَعِفَّةٌ؛ فَلَيْسَ فَاسِقٌ كُفْءَ عَفِيفَةٍ**) كدلالة الكتاب والسنة عَلَى عَدَمِ الْمُسَاوَاةِ، وذم نكاح الزاني والزانية في سنن أبي داود، وبسندٍ حسنٍ عنه ﷺ: «**لَا يَنْكِحُ الزَّانِي الْمَجْلُودُ إِلَّا مِثْلَهُ**»(٢) وَالْمَسْتُورُ كفءٌ لها، والمبتدع الذي لا يكفره ببدعته أولى بالمنع من الفاسق؛ فلا يكون كفئًا للسُّنِّيَّةِ، قاله الرُّويَانِيُّ، وتابعاه عليه.

وأغرب أبو الحسن الجوري، فاختار في كتابه «الوجيز» أن الزاني والزانية لا يصحُّ نكاحهما إلا بمن هو مثلهما، وإنْ زنى بالوطء من أحد الزوجين

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ١٥٨، رقم ٢١٤٤٥). قال المنذري (٣/ ٣٧٥) والهيثمي (٨/ ٨٤): رواته ثقات مشهورون إلا أن بكر بن عبد الله المزني لم يسمع من أبي ذر.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٢١، رقم ٢٠٥٢)، والحاكم (٢/ ١٨٠، رقم ٢٧٠٠) وقال: صحيح الإسناد.

....

انفسخ النكاح، كذا نقله ابن الصلاح، والمصنف عنه في «الطبقات»، وليس هذا بوجهٍ لنا، وإنْ كان الجوريُّ من أصحاب الوجوه[1].

فرع: قال القاضي الحسين: تعتبر العفة فيها دون أبيها، فالعفيفة بنت فاسق لا تزوج بفاسقٍ، فلو كان عفيفًا، وأبوه فاسقٌ، وأبوها عدلٌ، قال الْبَغَويُّ في «الفتاوى»: لا يكافئها، ويرده قول القاضي أبي الطيب والرُّويَانِيِّ وجماعةٍ؛ لأن الاعتبار في شرائط الكفاءة بالمتناكحين دون آبائهما.

وَقَضِيَّةُ كَلَامِ الْبَغَويِّ أَلا يكون مَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ مِنْ الصَّحَابَةِ كُفُئًا لِبَنَاتِ التَّابِعِينَ، وَهُوَ زَلَلٌ، وهم أفضل الأُمَّة، وقول الرَّافِعِيِّ تبعًا له: أن مَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ كُفُئًا، لِمَنْ لَهَا أَبَوَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ فِي الْإِسْلَامِ.

وعن القاضي أبي الطيب وغيره وجهٌ: أنهما كُفآن، واختاره الرُّويَانِيُّ، والظاهرُ الأولُ، مستدركٌ، وقد صرَّح بذلك الْمَاورْدِيُّ وجماعةٌ، وبه جزم الرُّويَانِيُّ في «التجربة»، وهو الصَّحيحُ والصَّوابُ.

قال في «الحاوي»: فَأَمَّا الْمُسْلِمَانِ إِذَا كَانَ [أَبَوَا أَحَدِهِمَا مُسْلِمَيْنِ، وَأَبَوَا الْأَخِيرِ كَافِرَيْنِ؛ فهما كُفْآن. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا تَكَافُؤَ بَيْنَهُمَا؛ لعدم تكافؤ الْآبَاءِ].

وَهَذَا خَطَأٌ؛ لِأَنَّ فَضْلَ النَّسَبِ يَتَعَدَّى، وَفَضْلَ الدِّينِ لَا يَتَعَدَّى؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَحْصُلُ لِلْأَبْنَاءِ إِلَّا مِنَ الْآبَاءِ، فَتَعَدَّى فَضْلُهُ إِلَى الْأَبْنَاءِ، وَالدِّينُ قَدْ يَحْصُلُ لِلْأَبْنَاءِ من صغر بِأَنْفُسِهِمْ مِنْ غَيْرِ الْآبَاءِ؛ فَلَمْ يَتَعَدَّ فَضْلُهُ إِلَى الْأَبْنَاءِ.

وعلى هذا اقتصر في «الذخائر»، وذكر في «الإفصاح» الحكم «كالحاوي»، وردَّ على أبي حنيفة بأن قوله يوجب أن سلمان رضي الله عنه لا يكون كفئًا لمن أبواها مسلمان.

واعلم أن ما قدَّمناه عن «فتاوى الْبَغَويِّ» أبداه الرَّافِعِيُّ من عنده، فقال: ويشبه أن يكون كما ذكرنا في حقِّ مَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ مَعَ التي أَبُوهَا مُسْلِمٌ.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١٢/ ٢٠٤).

وَحِرْفَةٌ فَصَاحِبُ حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ، لَيْسَ كُفْءَ أَرْفَعَ مِنْهُ، فَكَنَّاسٌ وَحَجَّامٌ وَحَارِسٌ وَرَاعٍ وَقَيِّمُ الْحَمَّامِ لَيْسَ كُفْءَ بِنْتِ خَيَّاطٍ، وَلَا خَيَّاطٌ بِنْتَ تَاجِرٍ أَوْ بَزَّازٍ، وَلَا هُمَا بِنْتَ عَالِمٍ وَقَاضٍ، ....

قَالَ: وَالْحَقُّ أَنْ يَجْعَلَ النَّظَرَ فِي حَالِ الْآبَاءِ دِيْنًا وَسِيرَةً وَحِرْفَةً مِنْ حَيِّزِ النَّسَبِ؛ فَإِنَّ مَفَاخِرَ الْآبَاءِ وَمِثَالَهُمْ هِيَ الَّتِي يَدُورُ عَلَيْهَا أَمْرُ النَّسَبِ.

قَالَ: وهذا يؤكد اعتبار النسب في حقِّ العجم، ويقتضي ألا تطلق الكفاءة في غير قريش من العرب، انتهى.

وكلام الإمام المتقدم يقتضي ذلك؛ حيث عدَّ هو، والْغَزَالِيُّ، وصاحب «الكافي» في الانتساب إلى العلماء والصُّلحاء من تفاضل النَّسبِ، وقضيته ألا يزوج العفيفة بنت العدل من العفيف الذي أبوه فاسقٌ، وبين كلام الرَّافِعِيِّ وما أفهمه كلامه السابق على كلام الإمام تفاوتٌ يظهرُ للمتأمل.

قال: (**وَحِرْفَةٌ؛ فَصَاحِبُ حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ، لَيْسَ كُفْءَ أَرْفَعَ مِنْهُ، فَكَنَّاسٌ، وَحَجَّامٌ، وَحَارِسٌ، وَرَاعٍ، وَقَيِّمُ الْحَمَّامِ؛ لَيْسَ كُفْءَ بِنْتِ خَيَّاطٍ، وَلَا خَيَّاطٌ بِنْتَ تَاجِرٍ أَوْ بَزَّازٍ، وَلَا هُمَا بِنْتَ عَالِمٍ وَقَاضٍ**) واستؤنس كذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعۡضَكُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ فِي ٱلرِّزۡقِۚ﴾ [النحل: ٧١].

قيل: معناه في سَبَبِ الرِّزق؛ فَبَعْضُهُمْ يَصِلُ إِلَيْهِ بِعِزٍّ وَدعةٍ، وَبَعْضُهُمْ يصل إليه بِذُلٍّ وَمَشَقَّةٍ، والظاهرُ أن مأخذ هذه الخصلة العُرفُ، وليست من محال الوفاق في المذهب. واعلم أن الحرفة الدنية في الآباء، والاشتهار بالفسق مما يتعير بذلك الولد، ويشبه أن يكون حال قول الشَّافِعِيِّ السَّابق أنَّ الكفاءة في الدِّين تقتضي أنه لا ينظر إلى الحرفة، وسيأتي عن رواية صاحب «الإفصاح» عن النصِّ أيضًا ما يقتضي أنه لا نظر في الحرفة.

قال الرَّافِعِيُّ: [وقد سكت عنها بعض الأصحاب]: مَنْ كَانَ أَبُوهُ صَاحِبَ حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ، لا يكافئ من أبوها ليس كذلك، كَمَا ذَكَرْنَا فِي حقِّ مَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ مَعَ التي أَبُوهَا مُسْلِمٌ، والحقُّ كذا، وذكر ما سبق عنه، وكلُّ هذا تفقهٌ منه، بناه على طريقة الْبَغَوِيِّ.

....

وقضيةُ ما قدَّمناه عن القاضي أبي الطيب، وجماعةٍ، وصحَّحناه من أن شرط الكفاءة إنما يعتبر في المتناكحين دون آبائهما، إنه لا ينظر إلى ذلك أيضًا؛ بل قضية كلام الصَّيمريِّ أنه لا نظر إلى الحرفة عندنا؛ حيث قال: اعلم أنه إنما تكون الكفاءة بالحرية والنَّسب، إلى آخر ما سيأتي عنه، ولم يذكر الحرفة.

ثم قال قبيل كلامه الآتي: واعتبر قوم البلدان، وقيل: يُرَاعَى الصناعات والمعائش، حتى أن ابنة جوهري، أو عطار، أَوْ بَزَّاز لا يكافئها فلاح أو نَدَّاف.

ثم قال: واعتبر قوم كذا إلى أن قال: وهذا عندي ليس بشرط، وما قبله يحتمل أن يقال: يعني اعتبار الحرفة في الأب.

تنبيهات: في عدِّه الرَّعْيَ مِنَ الْحِرَفِ الدَّنِيَّةِ نظرٌ، يأتي بيانه -إنْ شاء الله تعالى- في «الشَّهادات» وإذا نظرنا إلى حرفة الأب؛ فَقِيَاسُهُ النَّظَرُ إِلَى حِرْفَةِ الْأُمِّ أَيْضًا، فَإِنَّ ابْنَ الْمُغَنِّيَةِ، وَالزَّامِرَةِ، وَالْمَاشِطَةِ، وَالْحَمَّامِيَّةِ، وَنَحْوِهِنَّ، يَنْبَغِي أَلَا يَكُونَ كُفُئًا لِمَنْ أُمُّهَا لَيْسَتْ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ فِي الْعُرْفِ وَعَارٌ، وَمَأْخَذُ هَذِهِ الْخَصْلَةِ الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ، كما قال الْمَاورْدِيُّ وغيره؛ بل العار بالنسبة إلى الأم المذكورة ونحوها أشدُّ من الأب الذي ذلك حرفته، بلا شكٍّ.

قال الْمُتَولِّيُّ: ليس النجار والخباز من ذوي الحرف الدنية، وَفِي «الْحِلْيَةِ»: أَنَّهُ تُرَاعَى الْعَادَةُ فِي الْحِرَفِ وَالصَّنَائِعِ، وهو حسنٌ، أو رب حرفة دنية في بلد أو ناحية دون غيرها.

وأصلُه قول الْمَاورْدِيِّ: الْمَكَاسِبُ تَكُونُ غالبًا مِنْ أَرْبَعِ جِهَاتٍ: الزِّرَاعَات، وَالتِّجَارَات، وَالصِّنَاعَات، وَالْحِمَايَات، وَكُلٌّ مِنْهَا يُفَضَّلُ عَلَى غَيْرِهِ، بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ وَالْأَزْمَانِ؛ ففي بعضها حُمَاةُ الْأَجْنَادِ أَفْضَلُ، وَفِي بَعْضِهَا التِّجَارَة، وَفِي بَعْضِهَا الزِّرَاعَة، ولا يُفَضَّلُ بَعْضُهَا على بعض، وَإِنَّمَا يُرَاعَى فِيهَا الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ، وَالْأَفْضَلُ فِي الْجُمْلَةِ مَا انْحَفَظَتْ بِهِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ، أَلَا تَكُونَ مُتَرَذَّلَ الصِّنَاعَةِ كَالْحَائِكِ، وَلَا مُسْتَخْبَثَ الْكَسْبِ كَالْحَجَّامِ، وَلَا سَاقِطَ الْمُرُوءَةِ كَالْحَمَّالِ، وَلَا مُبْتَذَلًا كَالْأَجِير؛ فَمَنِ انْحَفَظَتْ عَلَيْهِ فِي

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْيَسَارَ لَا يُعْتَبَرُ، ....

مَكَاسِبِهِ هَذِهِ الشُّرُوطُ الْأَرْبَعَةُ، لَمْ يُكَافِئْهُ مَنْ أَخَلَّ بِواحدة منهَا، انتهى.

وقول المصنف: «بِنْتُ عَالِمٍ وَقَاضٍ» يقتضي النظر إلى ذلك في جميع طبقات النَّاس من بني هاشم، وجميع العرب والعجم، وهذا من فقه الإمام الذي نازعه فيه الرَّافِعِيُّ، وتقدَّم قوله بحثًا: والحق كذا، وذكرنا طريقة القاضي أبي الطيب وموافقيه، وهي الصحيحة، وقضيتها أنه لا نظر إلى حال الآباء في ذلك ولا غيره.

وَعَلَى اعْتِبَارِ مَا ذَكَرَهُ فِي «الْكِتَابِ»؛ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الْعِبْرَةُ بِالْعَالِمِ الصَّالِحِ أَوْ الْمَسْتُورِ دُونَ الْفَاسِقِ، وكذلك في الْقَاضِي دون الجاهل الجائر، كَمَا هُوَ الغالب فِي قُضَاةِ القرى، وبعض البلدان تجد الواحِدَ مِنْهُمْ كَقَرِيبِ الْعَهْدِ بِالْإِسْلَامِ، مع عدم الستر، وسوء الطريقة، وشهرة ذلك عنه؛ فهؤلاء من الظَّلَمَةِ الْمُسْتَوْلِينَ عَلَى الرِّقَابِ، وهم أسوأ حالًا من الملوك الظَّلَمَة؛ فلا عبرة بالانتساب إليهم أصلًا.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْيَسَارَ لَا يُعْتَبَرُ)** لأنه ﷺ لم يختره؛ ولِأَنَّ الْمَالَ غَادٍ وَرَائِحٌ، وَلَا يَفْتَخِرُ بِهِ أَهْلُ الْمُرُوءَاتِ، وهذا ما نسبه القاضي الحسين إلى عامة الأصحاب.

قال القاضي: والناس في زماننا يعدونه من أفضل الخصال، وأعظم الفضائل؛ ولكن عامة الأصحاب لا يعتبرونه، وفي هذه النسبة نظرٌ يأتي بيانه.

وَالثَّانِي: يُعْتَبَرُ؛ وهو أظهر التأويلين في قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِي ٱلرِّزْقِ﴾ [النحل: ٧١] وصحح الترمذيُّ أو حسَّن مِنْ حَدِيثِ سَمُرَةَ: **«الْحَسَبُ الْمَالُ»**(١).

(١) أخرجه أحمد (٥/ ١٠، رقم ٢٠١١٤)، والترمذي (٥/ ٣٩٠ رقم ٣٢٧١) وقال: حسن صحيح غريب. وابن ماجه (٢/ ١٤١٠، رقم ٤٢١٩)، والطبراني (٧/ ٢١٩، رقم ٦٩١٢)، والدارقطني (٣/ ٣٠٢)، والحاكم (٢/ ١٧٧، رقم ٢٦٩٠) وقال: صحيح على شرط البخاري والبيهقي (٧/ ١٣٥، رقم ١٣٥٥٤).

....

وقال صاحب «الإفصاح»: قال الشَّافِعِيُّ: والكفاءة في الدِّين، والمال، والنسب.

وقضية كلام القاضي أبي الطيب في «المجرد» أنه المذهب الصحيح المعروف؛ حيث جزم باعتباره، ثم قال: ومِن أصحابنا مَنْ قال في المال وجهًا آخرًا: إنه ليس من شرائط الكفاءة، وعلى اعتباره اقتصر الصَّيمريُّ، وصححه سليم الرازي، وهو قضية كلام الْقَفَّالِ، والقاضي الحسين في «الفتاوى»، ورجَّحه الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، والفارقيُّ في «فوائده».

[وهو قضية قول الدارميِّ الكفءُ فيما يقصده الناس: الدِّين، والنَّسب، والحرية، والمال، والعقل، والصنعة] وتوسط الْمَاورْدِيُّ، وتبعه صاحب «الِاسْتِقْصَاءِ» وغيره، فاعتبروه في أَهْلِ الْأَمْصَارِ الَّذِينَ يَتَفَاخَرُونَ بالمال، دون الأنساب جزمًا، وخصَّوا الوجهين بأهل البوادي والقرى [المتفاخرين بالأنساب دون المال] وذلك نزوعٌ منه إلى اعتبار العُرف، وإذن؛ فاعتبار اليسار هو المذهب المنصوص الأرجح دليلًا ونقلًا؛ فإنْ قلت: القاضي الحسين، إنما رواه عن أبي إسحاق المروزي فقط، وعن عامة الأصحاب الأول، وتبعه على ذلك الْمُتولِّيُّ والرُّويَانِيُّ.

قلت: فيه نظرٌ، نعم هو قول أكثر المراوزة، وقد صرَّح شيخهم الْقَفَّالُ باعتباره، وأفتى به، والْمُتَولِّيُّ والرُّويَانِيُّ تَبَعًا لِلْقَاضِي في «تعليقه»، ورجَّح في «الحلية» الاعتبار، ومعظم العراقيين أطلقوا الخلاف بلا ترجيح، وممن أطلقه منهم الشيخ أبو حامد، والمحامليُّ، وصاحبا «الشامل» و«البيان»، وكذلك أطلقه الفورانيُّ من المراوزة، وقول إمام الحرمين: إن اعتباره ضعيف؛ لا أصل له، ويردُّه نصُّ الشَّافِعِيِّ [وجزم باعتبار من العراقيين سليم في «الكافي»، وصاحبه نصر المقدسي في كتابيه أيضًا].

وقال القاضي الحسين في «الفتاوى»: إنه لَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ البكر بمهر مثلها رجلًا معسرًا، بغير رضاها؛ لم يصح النِّكاح على المذهب؛ لِأَنَّهُ بَخَسَ حَقَّهَا، كَتَزْوِيجِهَا بِغَيْرِ كُفْءٍ، انتهى.

....

وقال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: لَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ الصغيرة ممن لا يقدر على مهرها؛ بطل النِّكاحُ؛ لأن المال يعتبر في الكفاءة، والأب إذا زوَّجها بغير رضاها، ممن لا يكافئها؛ لم يصح، انتهى.

وحينئذٍ يحمل قول القاضي: «كتزويجها بغير كفءٍ» يعني: في النَّسبِ ونحوه، مما اشتهر في المذهب اعتباره، وحينئذٍ يكون ممن رجَّح اعتباره، بخلاف ما ذكره في «التعليق»، ويأتي عنه ما يؤيد هذا، وبما حرزته يظهر لك أنه إنما رجَّح عدم اعتباره مطلقًا طائفة يسيرة، ولم أَرَ مَنْ رجَّحه من العراقيين إلا الجرجاني.

تنبيهات: **منها**: قال القاضي الحسين: ومَنْ اعتبر اليسار إنما يريد به القدرة على الصَّداق، والإدرار للنفقة.

وقال الإمام: الصحيح عندنا تنزيل الخلاف في المسكنة، وذلك بلاغ، انتهى. وقال الرَّافِعِيُّ مفرعًا على اعتباره: وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن المعتبر الْيَسَار بِقَدْرِ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ؛ فإذا أيسر به؛ فهو كفءٌ لصاحبة الألوف.

والأظهر: على اعتباره أَنَّهُ لَا يَكْتَفِي بذَلِكَ؛ ولكن النَّاسَ أَصْنَافٌ؛ غَنِيٌّ، وَفَقِيرٌ، وَمُتَوَسِّطٌ، وَكُلُّ صِنْفٍ أَكِفَّاءُ، وَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْمَرَاتِب، انتهى، وهذا قضية كلام الْبَنْدَنِيجِيِّ، والْمَاورْدِيِّ، وسليم الرازي.

وقال الجرجانيُّ في «الشافي»: يعتبر أن يكون له يسار يخرجه عن حدِّ الاعتبار.

وقال الرُّويَانِيُّ في «التجربة»: وإذا شرطنا اليسار في الكفاءة يكفي أن يلزمه نفقة الموسرين، انتهى.

ولا شكَّ أنه لا يعتبر التساوي في المال كما صرَّح به صاحبا «التهذيب» و«الكافي» قالا: والناس ثلاثة أصناف كما تقدَّم، وكل طبقة بَعْضُهُمْ أَكِفَّاءُ بَعْضٍ، وهذا ما رجَّحه الرَّافِعِيُّ، وهو الصحيحُ.

....

ومنها: اقتصار المصنف على ما ذكره من الخصال معهم أن غيرها لا يعتبر، وقد حكى الْمَاورْدِيُّ وجهين فيما إذا اختلفا في طرفي السن كَالْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ مع الشَّيْخِ وَالْعَجُوزِ -أي: الهرمين- كما قيَّد الرُّويَانِيُّ وجه المنع ما بينهما مِنَ التَّبَايُنِ وَالتَّنَافِي، وهذا ما صححه الرُّويَانِيُّ، وسبق عن النصِّ وجماعة ما يقتضي أنه المذهب، وبيَّنا أنه الصواب.

قال الشَّافِعِيُّ في «الأم»: قيل بأن المرأة لا يكون لها الولي، ولو زوج ابنه الصغير جذماء أو برصاء أو مجنونة أو رتقاء؛ لم يجز عليه النكاح، وكذلك لو كان في نكاحها ضرر عليه، وليس لها فيها نظر، مثل عجوز فانية أو قطعاء أو ما أشبه هذا، هذا نصُّه بحروفه، ولا شكَّ أنه ليس له ذلك في جانب الثيب(١) من طريق الأولى؛ فاعلم، ولا أعلم له ما يخالفه.

وقال الدَّارميُّ: ولا يجوز للأب والجد في موضع تزويج ابنه أن يزوِّجه بغير كفءٍ، ولا بمَنْ لَا يُطَاقُ جِمَاعُهَا لقَرْنٍ أَوْ رَتْقٍ أو كِبَرٍ أو عمياء ولا قطعاء، ونحو ذلك، انتهى.

قال الرُّويَانِيُّ: وَالْجَاهِلُ لَا يَكُونُ كُفْئًا لِلْعَالِمَةِ. وَصَحَّحَ المصنف في «زوائد الروضة» خلاف ما رجَّحه الرُّويَانِيُّ في الصورتين، وأشار إلى ضعف الخلاف بقوله: وَالصَّحِيحُ كَذَا، وليس كما قال فيهما، قال الله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِى ٱلَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩] وأيضًا فالْمُصَنِّفُ يَرَى اعْتِبَارَ الْعِلْم فِي الْأَبِ؛ فَاعْتِبَارُهُ فِي نَفْسِ الْمَرْأَةِ أَوْلَى، ولذلك قال ابن الرِّفْعَة: قياس اعْتِبَارَ الْعِلْمِ فِي الْأَب أن يعتبر في المرأة نفسها بطريق الأولى، وهو كما قال.

وقياسه أن ينظر إلى حرفتها دناءةً وشرفًا؛ فلا يجوز للأب تزويجه بمغنيةٍ، ولا ماشطةٍ، ولا حَمَّامِيَّةٍ، وَنَحْوِهِنَّ؛ لما عليه في ذلك من العار.

ومنها: قال في «زوائد الروضة»: قال أصحابنا: وَلَيْسَ الْبُخْلُ وَالْكَرَمُ، وَالطُّولُ وَالْقِصَرُ مُعْتَبَرًا، انتهى.

---

(١) في نسخة: (البنت).

وَأَنَّ بَعْضَ الْخِصَالِ لَا يُقَابَلُ بِبَعْضٍ، ....

وَفِيمَا إِذَا أَفْرَطَ الْقِصَرُ فِي الرَّجُلِ نَظَرٌ، وَيَنْبَغِي أَلَا يَجُوزَ لِلْأَبِ تَزْوِيجُ ابْنَتِهِ لمنْ هُوَ كَذَلِكَ؛ فَإِنَّهُ مِمَّا تَتَعَيَّرُ بِهِ الْمَرْأَةُ عُرفًا، وَقد رُوِيَ «**أَنَّهُ ﷺ رَأَى نُغَاشًا**[1] **فَسَجَدَ**»[2] أي: شُكْرًا للسلامةِ من دمامة الخلقة المفرطة، ورأيتُ مرةً شيخًا نحو العظيم في الطول، والناس يضحكون منه، ويسخرون به.

ومنها: في «زوائد الروضة»: قال الصَّيمريُّ: واعتبر قوم البلدان؛ فقالوا: ساكن مكة والمدينة والكوفة والبصرة؛ ليسوا كفئًا لساكن الجبال، وهذا ليس بشيء، انتهى.

هذه العبارة معكوسة، وعبارة الصَّيمريُّ: واعتبر قوم في المكافأة البلدان، فزعموا أن رجلًا من الجبال، وخورستان لا يكافئ امرأة من أهل مكة أو المدينة أو البصرة أو الكوفة، وهذا عندنا ليس بشرط، وهذا ليس بخلاف لأصحابنا، فلا شكَّ؛ فاعلم.

ومنها: قال الشيخان: ليس من الخصال المعتبرة في الكفاءة الجمال ونقيضه، وكذا قاله الإمامُ، والْغَزَالِيُّ قال في «البسيط»: وَلَا صَائِرَ إلى اعتبار الجمال، وَإِنْ كَانَ مَقْصُودًا، انتهى، وهذا ما يدلُّ عليه سكوت الجمهور.

ورأيتُ في «شرح الكفاية» للصَّيمريِّ ما لفظه: واعلم أن الكفاءة إنما تكون بالحرية، والنسب، والدِّين، والعقل، والمال، والجمال، لا شكَّ في هذه الأوصاف، انتهى.

ولعله أراد بالجمال ما سبق عنه في الشَّيْخِ الْهَرِمِ الزَّمِنِ، ونحو ذلك من الصفات المشوهة، وإلا فافهم من كلامه ما يفهم.

قال: (**وَأَنَّ بَعْضَ الْخِصَالِ لَا يُقَابَلُ بِبَعْضٍ**) أَيْ: لَا تُزَوَّجُ عَرَبِيَّةٌ فَاسِقَةٌ بِعَجَمِيٍّ عَفِيفٍ جبرًا، وهذا على ظاهر المذهب، لا على القول المختار عندنا أن الكفاءة في الدِّين، ولا سَلِيمَةٌ دَنِيئَةٌ بِمَعِيبٍ نَسِيبٍ، وَلَا حُرَّةٌ فَاسِقَةٌ من عَبْدٍ

(١) أي: النَّاقِصُ الْخَلْقِ.

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٣/ ٣٢).

....

عَفِيفٍ، وَلَا عَفِيفَةٌ رَقِيقَةٌ بِفَاسِقٍ حُرٍّ.

قال في «الروضة»: هذا مقتضى كلام الجمهور، وصرَّح به الْبَغَوِيُّ، والسَّرخسيُّ.

قال: يَكْفِي صِفَةُ النَّقْصِ فِي الْمَنْعِ، وفصَّل الإمام؛ فقال: السَّلَامَةُ مِنْ الْعُيُوبِ لا تقابل بسائر فضائل الزوج، وكذا الحرية، وكذا النسب، وفي انجبار دَنَاءَةَ نَسَبِهِ بِعِفَّتِهِ الظَّاهِرَةِ؛ وجهان: أصحهما: المنع.

قال: وَالتَّنَقِّي مِن الْحِرَفِ الدَّنِيئَةِ يُقابله الصَّلَاحُ وِفَاقًا، وَالْيَسَارُ إن اعتبرناه يُقابلُ بِكُلِّ خَصْلَةٍ، والْأَمَةُ الْعَرَبِيَّةُ بالْحُرِّ الْعَجَمِيِّ، انتهى.

وفي «البسيط»: أما العيوب فَلَا تنْجَبِرُ بخصلة، وإنْ عظمت، وكذا الرِّق، وأما الْيَسَار إنْ اعتبرناه ينْجَبِرُ فواته بجميع الخصال التي ذكرناها وفاقًا، وأما خسة الحرفة وشرفها؛ فلا يعارض النَّسب، ويعارض الصلاح، والأمرُ في الحرف قريب، انتهى.

تنبيهات: إطلاق «الكتاب» يفهم جريان وجهين مطلقًا في أن بعض الخصال هي تُقابل ببعض، وسياق كلام «الروضة» و«الشرح» يأبى ذلك، ويقتضي أن الخلاف في انجبار دَنَاءَةَ نَسَبِهِ بِعِفَّتِهِ فقط، كما قاله الإمامُ، والْغَزَالِيُّ، وأما ما ذكره الرَّافِعِيُّ، والمصنف من أَنَّ الْأَمةَ الْعَرَبِيَّةَ مع الْحُرِّ الْعَجَمِيِّ، على هذا الخلاف؛ فقضيته اعتبار الكفاءة في تزويج الأمة، وبه صرَّح الْبَغَوِيُّ، وتابعاه كما سبق أنه لا تُزَوَّجُ عَفِيفَةٌ رَقِيقَةٌ بِفَاسِقٍ حُرٍّ، لكن الْبَغَوِيَّ قد صرَّح بأن الحرَّ كفءٌ لها، وإنْ كان دَنِيءَ النَّسَبِ، وصرَّح جماعات عند الكلام على تزويجه أمته بأن له تزويجها من عبدٍ وغير كفءٍ، ليس بِهِ عَيْبٌ يَثْبُتُ الْخِيَارُ.

قال الجرجانيُّ وغيره: فإن أجبرها على نكاح عبدٍ أو فاسقٍ أو ذي حرفةٍ دنيةٍ صحَّ قولًا واحدًا.

وقال الرَّافِعِيُّ والمصنف: له أن يزوِّج أمته برقيقٍ دَنِيءَ النَّسَبِ، لا بمن به عَيْبٌ يَثْبُتُ الْخِيَارُ، ولا بِمَنْ لَا يُكَافِئُهَا بِسَبَبٍ آخَرَ، فإن خالف؛ فهل يبطلُ

وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَمَةً، وَكَذَا مَعِيبَةٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيَجُوزُ مَنْ لَا تُكَافِئُهُ بِبَاقِي الْخِصَالِ فِي الْأَصَحِّ.

النكاح أم يصحُّ، ولها الخيار فيه مثل الخلاف السابق -يعني: في تزويج البنت؟

وما قدَّمناه يردُّ ذلك، وممن صرَّح بأن له تزويج الأمة من العبد، الْبَنْدَنِيجِيُّ، والفورانيُّ، وغيرهما، ولا تكاد تجد فيه خلافًا محققًا [واعلم].

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَمَةً**) لِأَنَّهُ لا يخافُ الْعَنَتَ.

(**وَكَذَا مَعِيبَةٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: لِأَنَّهُ عَلَى خِلَافِ الْغِبْطَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: وهو كالخلاف السابق في تزويج الصغيرة بغير كفءٍ، والأصحُّ أنه لا يصحُّ، ومنهم مَنْ قطع بأنه لا يصح إنكاحه الرَّتقاء، والقرناء؛ لأنه بذل مال في مقابلة بضع لا ينتفع به بخلاف تزويج الصغيرة بمجبوبٍ.

قلت: وفي تحقق الخلاف في تزويجه بمَجْذُومَةٍ، وَبَرْصَاء، وَمَجْنُونَةٍ، من غير ضرورة بُعدٌ، والذي وقفتُ عليه من نصوص الشَّافِعِيِّ قاطعٌ بالمنع؛ بل قاطع بأنه لا [يجوز تسليمه من العيوب المثبتة للخيار، كالعجوز الفانية والعمياء والقطعاء، وغير ذلك، كما] سبق عن نصِّ «الأم»، وغيره، وجرى عليه خلائق من الأئمة، وهو الحقُّ، وقضية كلام القاضي أبي الطيب في «المجرد»، وفيما رواه عن صاحب «الإفصاح» بلا مخالفة أنه لو كان الصغير ممسوحًا أَوْ مَجْبُوبًا -بالباء- أن الأب لا يزوِّجه بقرناء ورتقاء، على الأصحِّ، وهذا إنْ كان فيما إذا كَانَ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى خِدْمَتِهَا، وهي ممن تسمحُ بِهَا عَادَةً، أو رأى الأب المصلحة في ذلك، لأمرٍ آخر؛ فقريب، وإلا فبعيد.

قال: (**وَيَجُوزُ مَنْ لَا تُكَافِئُهُ بِبَاقِي الْخِصَالِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ لَا يُعَيَّرُ بِافْتِرَاشِ مَنْ لَا تُكَافِئُهُ.

والثاني: لا، كما في البنت.

وعبارة «المحرر»: من لا تكافئه من سائر الوجوه، وفي كل من التعميم والترجيح نظرٌ. وقضية كلام الشيخ أبي حامد، والمحامليِّ، والعمرانيِّ، وغيرهم: أنه لا يجوز، فإن فعل؛ فعلى الخلاف، والتفريع السابق فيما إذا

....

زوَّج ابنته من غير كفءٍ.

وعبارة الإمام: إذا زوَّج ابنه مع شرفه خسيسةً؛ فالمذهب الذي جزم به الأئمة أن ذلك جائزٌ، ومراده: خسيسةُ النَّسبِ، كما اقتضاه سياقه من بعد؛ بل صريح كلامه، وعليه تنزيل إطلاق الْغَزَالِيِّ الجواز بمن لا تكافئه.

وكلامه في «البسيط» دالٌّ على أن المراد من حيث النَّسب، وأطلق القاضي الحسين، والْمُتَوَلِّيُّ الوجهين في النَّسب، كما صوَّره الإمام بلا ترجيح، وطردهما الْمُتَوَلِّيُّ فِي الدَّنِيئَةِ، وسيأتي عن القاضي الحسين اختيار أنه لَا يَصِحُّ تَزْوِيجُهُ بدنيئة النَّسب.

والرَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى- شبَّه الخلاف هنا بالقولين فيما إذا زوج ابنته ممن لا يكافئها، قال: لكن الأشبه هنا الصحة، فإذا صحَّحنا؛ فالتفريع كما مرَّ هناك، وتبعه المصنف، وفيما قالا نظرٌ ظاهرٌ؛ لأن قضية ثبوت الخيار إذا بلغ، وبه صرَّح الرَّافِعِيُّ في أول الخيار.

والظَّاهرُ المتضحُ أنَّا إذا لم نجوِّز له تزويج مَنْ لا تكافئه، فزوج وصحَّحناه؛ فالتفريع كما مرَّ هناك، وإنْ جوَّزنا، فرأى الولي ذلك؛ لعدم العار باستفراشها، وظهور المصلحة لولده في ذلك؛ لجمالها، ودينها، ومالها، ونحوها من الأغراض الصحيحة؛ فلا خيار هنا أصلًا، هذا مقتضى كلام مَنْ قال بذلك كالإمامِ والْغَزَالِيِّ، والرَّافِعِيُّ أخذ تفريع عدم الجواز إذا فعل، وصحَّحناه، ففرعه على رأي القائلين بالجواز، والقائلون بالجواز في هذه الصورة لم يقولوا ذلك؛ فاعلم.

واعلم أيضًا أنهما رجحا الصحة تبعًا للإمام، والإمامُ قاله في النَّسبِ، وهو خلاف اختيار القاضي الحسين كما سيأتي، وكلام العراقيين يخالفه، والقاضي في «التعليق» والْمُتَوَلِّي أرسلا الوجهين، وإطلاق الرَّافِعِيِّ، والمصنف يتضمن إجراء الخلاف في كلِّ مَنْ لا تكافئه من سائر الوجوه، كما صرَّح به في «المحرر» غير ما استثنى من العيب والرق، وحينئذٍ فيجري في الفاسقة،

....

والبغي، ومَنْ حرفتها وحرفة أبيها دنية، ومَنْ مسَّها الرِّقُّ أو أحد آبائها، والعجوز الهرمة، والعمياء، والزَّمِنة، ومقطعة الأطراف، والجدعاء، والجذماء، وغير ذلك من أنواع النَّقص.

قلت: أَوْ خَلَتْ[١] وأصله قول الْبَغَوِيِّ بعد استثناء العيوب والرِّقِّ، ولو قبل له نكاح دنية أو كتابية أو امرأة عمياء أو مقطوعة يد أو رجل أو عجوز؛ فوجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن هذه الخصال لا يثبت بها الخيار، فَلَا يُمْنَعُ الْعَقْدُ.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه لَا نَظَرَ لَهُ فِيهِ.

وقال: في تعليقه على «المختصر»: ولو قبل لابنه نكاح عمياء أو كتابية أو مقطوعة يد أو رجل أو عجوزة؛ هل يصحُّ؟ وجهان، وعلله بما سبق عن «التهذيب»، ثم قال: ولو أنه قبل له نكاح دنية لا يصحُّ؛ لأنه لا يتضع نسبه بدناءة نسبها، ولا بخَبلٍ.

وقال القاضي الإمام - رحمه الله تعالى: عندي لا يصحُّ النكاح؛ لأنه يَسْتَنْكِفُ منها.

قال الْبَغَوِيُّ: والاستنكاف في مثل هذا ملغيٌ، وهو مجرد رعونة، انتهى.

وهذا منه في دنية النَّسبِ خاصةً، ولذلك قال صاحب «الكافي»: ولو قبل له نكاح معيبة بغير العيوب الأربعة، أو دنية، أو فاسقة؛ فوجهان، ولم يرجَّحا شيئًا، والإمام إنما رجَّح الجواز في النَّسبِ خاصةً، وقد سبق عن نصوص الشَّافِعِيِّ [والأصحاب مرات] ما يقتضي منع ذلك، وهو الحقُّ الَّذِي لَا يَنْقَدِحُ غَيْرُهُ؛ فاعتمده.

وكيف يجوز تزويجه بمن لا نظر له في تزويجه بها؛ بل عليه ضررٌ بَيِّن وعار؟! وعَدَم هذا من العجائب، وقول الْبَغَوِيِّ في كتابه: مقطوعة يد أو رجل

---

(١) يعني من مثل هذه العيوب المذكورة.

فَصْلٌ

لَا يُزَوَّجُ مَجْنُونٌ صَغِيرٌ وَكَذَا كَبِيرٌ إِلَّا لِحَاجَةٍ ....

إنْ أراد به [مثل] الواحدة كان فيه إشارة إلى أنه يجوز[1] تزويجه بمقطوعة عضوين أو الأربعة، وهو الوجه.

فرع: قال في «التهذيب»: ولو قبل الوكيل المطلق نكاح امرأة من هؤلاء، لا يصحُّ؛ لأنه لا ينصرف بالنيابة.

قال:

(فَصْلٌ [فِي تَزْوِيجِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ]

لَا يُزَوَّجُ مَجْنُونٌ صَغِيرٌ) أي: على المذهب المنصوص، وقول الجمهور؛ لعدم حَاجَته إِلَيْهِ، وَلِالْتِزَامِ مُؤَنِ، ولَا يَدْرِي أيحتاج إليه إذا بلغ أم لا؟

وحكى الفورانيُّ، والدَّارميُّ، وغيرهما فيه وجهين، وجه الجواز إلحاقه في ذلك بالعاقل الصغير، وعبارة الفورانيِّ والدَّارميِّ: وإنْ كان صَغِيرًا مَجْنُونًا أَوْ مَخْبُولًا لم يزوِّجه أحدٌ، وقيل: يُزَوِّجُهُ الأب والجد.

قال الرَّافِعِيُّ: لَا مَجَالَ لِحَاجَةِ التعَهُّدِ وَالخِدْمَة؛ فَإِنَّ الْأَجْنَبِيَّات يجوز أَنْ يَقُمْنَ بِهَا، انتهى.

وفيه نظرٌ؛ إذ قد لا يجد أجنبية تفعله تبرعًا، أو تكون الأجرة أكثر من مؤن النكاح، وأشار ابن الرِّفْعَة إلى أنه ينبغي أن يجوز تزويجه لذلك، ونقله عن الدَّاوُدِيِّ حيث قال في «شرح المختصر»: الظاهرُ أنه لا يجوز[2] إلا أن يحتاج إليه للخدمة، وإنما يزوِّجه الأب والجد.

قال: **(وَكَذَا كَبِيرٌ)**؛ لما فيه من تحمل الْمُؤَنِ، فَلَا حاجة، وعدم توقع كَمَال.

قال: **(إِلَّا لِحَاجَةٍ)** أي: فيجوز، نصَّ عليه في «الأم»، وغيره، واتفقوا عليه؛ ولكن ما الحاجة؟ لا شكَّ أن التوقان معتبرٌ، وكذا توقع الشفاء بذلك على

---

(١) في نسخة: (لا يجوز).

(٢) في نسخة: (يزوَّج).

فَوَاحِدَةً، ....

الظاهر، ولم يتعرض كثيرون لحاجة الخدمة، وعدَّ جماعة منهم الْمَاوَرْدِيُّ والْبَغَوِيُّ منها الخدمة إذا لم يقم بها محرم، وكانت مؤن النِّكَاحِ أَخَفَّ مِنْ ثَمَنِ أَمَةٍ.

وقول الرَّافِعِيُّ: إن الحاجة تكون من وجهين: التوقان والخدمة، وربما يلحق بها توقع الشفاء؛ عجيبٌ، وقد ذكره في كلامه على وجوب تزويجه، وجعله موجبًا، وقد نصَّ الشَّافِعِي على جوازه للخدمة في «الأم»، ونقلوه عن النصِّ، وصرَّح به الإمام، وإطلاق مَنْ لم يذكرها لا ينافي ذلك، واعترض الرَّافِعِيُّ على اعتبار الخدمة بأنها لا يلزمها، وجوابه أن الزوجية داعيةٌ لها طبعًا وعادةً؛ لما خلق بينهما من المودة والرحمة والشفقة.

قال: (**فَوَاحِدَةً**) أي: ولا يزاد عليها؛ لأن الحاجة تندفع بِهَا، هكذا علله الرَّافِعِيُّ، وقد لا تعفه الواحدة؛ لِقُوَّةِ شَبَقِهِ [وفي الإبانة»: هل يزوج ابنه الصغير والمجنون أكثر من واحدة؟ فيه وجهان].

تتمات: ذكر ابن الرِّفْعَة في «المطلب» أنه يتحصل في الحاجة المجوزة أوجه:

أحدها: أنه التوقان فقط.

وثانيها: ذلك أو حاجة الخدمة.

وثالثها: ذلك أو توقع الشفاء بشهادة عدلين.

وقال في «الكفاية»: تتلخص في المجنونة أوجه:

أحدها: توقع الشفاء ليس إلا.

وثانيها: ذلك أو تبين مَخَايِلِ الشَّهوة.

وثالثها: ذلك أو كفاية النفقة.

إنما يزوِّجه الأب أو الجد، ثم السلطان فقط، وهذا إذا بلغ مجنونًا، فلو بلغ عاقلًا رشيدًا، ثم جُنَّ بني تزويجه على الخلاف، وفي عَوْدِ وِلَايَتِهِ المال، وهل يجوز تزويجه أَمَةً إذا كان معسرًا، وخشي عليه العنت؟ الأصحُّ، وبه جزم جماعةٌ: نعم، خلافًا للقاضي الحسين، هذا في الْمَجْنُون الْمُطْبِق، أما

وَلَهُ تَزْوِيجُ صَغِيرٍ عَاقِلٍ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ، وَيُزَوِّجُ الْمَجْنُونَةَ أَبٌ أَوْ جَدٌّ إِنْ ظَهَرَتْ مَصْلَحَةٌ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْحَاجَةُ وَسَوَاءٌ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ ثَيِّبٌ وَبِكْرٌ، ....

المنقطع؛ فلا يزوَّج حتى يفيق فيأذن، وَيُشْتَرَطُ وُقُوعُ الْعَقْدِ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ، فَلَوْ جُنَّ قَبْلَهُ؛ بَطَلَ إِذْنُهُ، قاله في «الروضة».

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن قلَّ زمن إفاقته زوَّجه الولي في جنونه، وكذا في إفاقته، وله ردّه فيها كالسفيه، فإن قلَّ زمن جنونه؛ لم يزوِّجه الولي، وإن تساويا؛ فوجهان.

وقال في موضع آخر: إنه لا يزوِّجه لا سيما إذا كثر زمن إفاقته.

والمخبول كَالْمَجْنُونِ الْكَبِيرِ، والصغير كالكبير، قاله الدَّارميُّ وغيره، قال: المختل هنا كالمجنون، وهو مَنْ في عقله خلل، وفي أعضائه استرخاء، ولا يحتاج إلى الاستمتاع غالبًا.

قال: (**وَلَهُ تَزْوِيجُ صَغِيرٍ عَاقِلٍ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ**) أي: إنْ رأى الأب أو الجد ذلك؛ لأن المرعي في تزويجه المصلحة، وَقَدْ يَكُونُ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةٌ وَغِبْطَةٌ، وإنْ كن أربع، وقيل: لا يجوز أكثر من واحدة، وصحَّحه الْفُورَانِيُّ فِي «الْعَمْدِ».

وقال في «الروضة» عن «الإبانة»: إنه قال: الأصح لا يجوز تزويجه أصلًا، وتبعه فيه العمرانيُّ، وإنما قاله في المجنون الصغير، ونُسخ «الإبانة» كثيرة الاختلاف، وقال ذلك في «الْعَمْدِ» في الصغير العاقل، والمرجح خلافه كما سبق.

وليس للقاضي تزويج الصَّغير نصَّ عليه، وقطع به الجمهور، وقيل: يجوز للحاكم والْوَصِيِّ، وليس بشيء، ولك أن تقول: إذا كان تزويجه للمصلحة، وقد ظهرت للحاكم فيه غبطة ظاهرة؛ لأنه قد راهق، ووجد فرصة من النساء يخاف فوتها؛ فلا مانع من جواز ذلك له كالأب، وربما كان نظره أتم، وعلمه بالمصالح أعم.

قال: (**وَيُزَوِّجُ الْمَجْنُونَةَ أَبٌ أَوْ جَدٌّ إِنْ ظَهَرَتْ مَصْلَحَةٌ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْحَاجَةُ، وَسَوَاءٌ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ، ثَيِّبٌ وَبِكْرٌ**).

....

الشرح: المجنونة إنْ كانت صغيرة بكر أو بالغة بِكْر أجزاها قطعًا كالعاقلة، وإنْ كانت ثيبًا صغيرةً، فكذلك على الصَّحيح؛ إذ لا غاية لاعتبار إذنها بخلاف العاقلة، وعليه اقتصر جماعةٌ، وقيل: لا يُزَوِّجَانِهَا كالعاقلة، وقيل: يزوِّجها الأب دون الجد، ذكره الصَّيمريُّ، ولا يزوِّج الصَّغيرة غيرها بكرًا كانت أو ثيبًا، هذا هو المشهور.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكافي»: على الأصحِّ؛ فأشعر بحكاية خلاف، انتهى.

قلت: صرَّح به الدَّارميُّ حيث قال: ويزوِّجَهَا أَبُوهَا أَوْ جَدُّهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُونا، فليس لأحدٍ تزويجها إلا إذا بلغت، وعلمت منها الحاجة؛ زَوَّجَهَا الْحَاكِمُ، وقيل: يزوجها صَغِيرَةً أيضًا، انتهى لفظه.

وربما يأتي من بعد وجه ثالث: أن العصبة يزوجونها، وأما الثَّيِّبُ الْبَالِغَةُ؛ ففيها وجهان:

أصحهما: أنهما يستقلان بتزويجها، وبه أجاب الشيخ أبو حامد وشيعته.

والثاني: أنه لا بدَّ من إذن السلطان بدلًا عن إذنها، ولا يشترط في تزويجها الحاجة؛ بل يزوجانها بالمصلحة؛ لأن ذلك يُفِيدُهَا الْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ بِخِلَافِ الْمَجْنُونِ.

وجمع ابن الرِّفْعَة أوجهًا:

أصحها: وهو المنصوص الصحة مطلقًا.

وثانيها: المنع مطلقًا، وقال الإمام: إنه قول محققين.

وثالثها: يزوجان الكبيرة دون الصغيرة.

قال: ويجيء **وجه رابع**: وهو أنه يزوِّج الكبيرة عند ظهور توقانها دون من عداها، انتهى، وهذا جُنُوحٌ إلى أنه إنما يزوج بالحاجة كالحاكم.

قال الرَّافِعِيُّ: لا فرقَ بين مَنْ بَلَغَتْ مَجْنُونَةً، وَبين مَنْ بَلَغَتْ عَاقِلَةً، ثُمَّ جُنَّتْ بِنَاءً عَلَى الأصح، وهو أن وِلَايَة المَالِ تكون لِأَبِيهِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا لِلسُّلْطَانِ؛ فَكَذَلك أمر التَّزْوِيج.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبٌ وَجَدٌّ لَمْ تُزَوَّجْ فِي صِغَرِهَا، فَإِنْ بَلَغَتْ زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ فِي الْأَصَحِّ

قلت: وذكر الإمام أن الذي يظهر أن ولاية التزويج [للمجنونة] تكون للأب، وإن قلنا: الولاية في المال للسلطان؛ لانفراد الأب بتزويج البكر البالغة العاقلة، وإنْ كان ولاية المال إليها؛ لأن نظر السلطان قاضٍ في التزويج، والولاية لا يُفضي إليه إلا عند انقطاع الجهات كلها أو قيام الْحَاجَةِ الحافلة النَّازِلَةِ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ، ولهذا لم يملك تزويج [الصغيرة] البكر، والأب يملكه؛ نظرًا واستصلاحًا، انتهى.

وقال الْغَزَالِيُّ في «البسيط»: إنْ قلنا: يعود إلى الأب ولاية المال عاد ولاية البضع إليه، وإن قلنا: لا يعود؛ ففيه ترددٌ، والظاهر أنه يعود؛ لأن الأب أولى مع كمال الشفقة من السلطان؛ إذ يقبح تكليف الأب رفع الأمر في بنته إلى السلطان، انتهى.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبٌ وَجَدٌّ؛ لَمْ تُزَوَّجْ فِي صِغَرِهَا**) قطعًا؛ إِذْ لَا إِجْبَارَ لِغَيْرِهِمَا، وَلَا حَاجَةَ لها فِي الْحَالِ، هذا هو المشهور، وفيه الوجه الذي صرَّح الدَّارميُّ بنقله، وهو قضية إطلاق الْمُتَولِّيِّ، وأشار بنقله صاحب «الكافي» كما سبق.

وليس ببعيدٍ إذا دعت حاجتها إليه، وقد راهقت، وتشوَّقت إلى الزوج مع فقرها، وحاجتها إلى مَنْ يقوم بمصالحها [أن الحاكم يزوِّجها حينئذٍ] وسيأتي عن ابن الْقَطَّان ما يقتضي تجويز ذلك للسلطان وغيره، إلا أن يؤول.

قال: (**فَإِنْ بَلَغَتْ؛ زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: الْمَنْصُوصُ دون غيره؛ للولاية العامة، وولاية المال.

والثاني: يزوِّجها الولي النسيب من الأخوة والأعمام ونحوهم؛ لأنهم أشفق وأولى.

فعلى هذا لا بدَّ من مراجعة السلطان؛ ليقوم إذنه مَقَامَ إِذْنِهَا؛ إذ لا إجبار لهم، فإن لم يزوِّجوا زوَّج السلطان كتزويجه عِنْدَ الْعَضْلِ، وعلى الأول لا يفتقر السلطان إلى مراجعة الأقارب على المذهب الذي اقتضاه كلام العراقيين؛ بل

لِلْحَاجَةِ، لَا لِمَصْلَحَةٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

اقتصروا على أن الولاية له دون الأقارب، وعدم وجوب مراجعتهم، ظاهر نصه في «الأم»، وكلام «الكتاب» إليه أقرب.

وفي «روضة شُرَيْح الرُّويَانِيِّ» في «باب ما يختص به الحاكم»: وتزويج الثَّيب البالغة المجنونة المحتاجة إلى النكاح إلى الحاكم دون غيره، وهذا منه يفهم أنه يختص به دون الأب والجد، ولا أحسبه وجهًا محققًا.

وحكى جماعة من المراوزة في وجوب مراجعة السلطان الأقارب، [فيه خلافٌ] ورجَّح الإمام أن الحاكم يستقل به، وأنه يستحب له المراجعة، وزيَّف مقابله، ورجَّح صاحب «التهذيب»، وتبعه في «الكافي»، وجوَّز مراجعتهم، ولم يرجحا في «الشرحين» و«الروضة» شيئًا؛ لعدم استقصائهما النقل.

قال الشَّافِعِيُّ في «الأم»: ولا يزوِّجها غير الآباء؛ فإنْ لم يكن أب، رفعت إلى السلطان، وعليه أن يعلم الزوج بما اشتهر عنده أنها مَغْلُوبَةٌ عَلَى عَقْلِهَا، فإن قَدِمَ على ذلك زوَّجها منه، وإنما منعت غير الآباء تزويج المغلوبة على عقلها أنه لا يجوز لولي غير الآباء أن يزوِّج امرأة إلا برضاها، فلمَّا كانت ممن لا رضا لها، لم يكن النِّكاح لهم، وإنما أجزت للسلطان أن ينكحها؛ لأنها قد بلغت أو أن الحاجة إلى النكاح، وأن في النكاح لها عفافًا وغناءً، وربما كان لها فيه شفاء، انتهى.

وفيه فوائدُ، فحصل طريقان، المذهب استقلاله، وقيل: فيه وجهان، وأرسلهما الْمُتَوَلِّيُّ بلا ترجيح، وقال: إنْ قلنا بالوجه فيه اختصت المشاورة بمن يكون وليًا، لو كانت عاقلة، وإنْ قلنا بالثاني لم يختص به؛ بل لو لم يكن لها عصبة، استأذن الأخ من الأم، والعم للأم، والخال؛ لأن الاستئذان على هذه الطريقة؛ لعلمهم بمصالحها، وما فيه النظر لها.

قال: (**لِلْحَاجَةِ، لَا لِمَصْلَحَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: إذا قلنا: يزوِّجها السلطان أو الأقارب على رأي؛ فهل تزوج لمجرد المصلحة كتوفير النفقة أو غيرها؟ فيه وجهان:

....

أحدهما: نعم، كما يجوز ذلك للأب والجد.

قال الرَّافِعِيُّ: وأصحهما: المنع؛ بل لا يزوِّج إلا للحاجة بأن تبين مَخَايِل الشهوة أو يشير أهل الطب بذلك؛ لِأَنَّ تَزْوِيجَهَا يَقَعُ إِجْبَارًا، وَغَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ لَا يَمْلِكُ الْإِجْبَارَ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ؛ لِلْحَاجَةِ النَّازِلَةِ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ، انتهى.

وفي هذا الترجيح منه نظرٌ ظاهرٌ، وإنما حمله عليه ما فهمه من قوة ما وجهه به الإمام من غير تقصٍّ للنقل.

وإطلاق العراقيين كالشيخ أبي حامد، والمحامليِّ، والْبَنْدَنِيجِيِّ، وسليم الرازي، والْمَاورْدِيِّ، والعمرانيِّ يقتضي أن السلطان يزوِّج كما يزوِّج الأب، وهو ظاهرُ نص «الأم» السابق أو الأقرب إليه، ولفظ «مجرد سليم»: وللأب والجد والحاكم أن يزوِّجوا بكرًا كانت أو ثيبًا، وليس لغيرهم ذلك.

وصرَّح القاضي أبو الطيب في «مجرده» بأنه: إذا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَبٌ وَلَا جَدٌّ، أن الحاكم يزوِّجها من طريق الحكم على سبيل المصلحة والنظر؛ هذا لفظه.

وهو قضية ما في «التتمة» و«التهذيب» و«المهذب»، ولفظه: وإنْ كانت كبيرة جاز له تزويجها، إنْ رأى ذلك؛ لأنه قد يكون فيه شفاؤها، ولم أَرَ الخلاف إلا في «النهاية»، وما تفرَّع عنها، ولم يرجح الإمام شيئًا بخلاف ما أفهمه عنه كلام ابن الرِّفْعَةِ، واحتُسب أصل الخلاف قول والده في «مختصره»: وليس لسائر الأولياء تزويج مجنونة إلا السلطان؛ فإنه يزوِّج المجنونة البالغة التائقة إلى النكاح؛ إذا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَبٌ وَلَا جَدٌّ، انتهى.

وليس فيه تصريح بأنها إنما تزوَّج؛ للحاجة فقط، ولما حرَّرناه.

قال ابن الرِّفْعَة: أصحُّ الوجوه الصحة مطلقًا عند وجود الحاجة والمصلحة، وهو المنصوص في «الأم» و«المختصر»، وما قاله هو الحقُّ.

تتمات وفوائد:

منها: رأيتُ في «فروع ابن الْقَطَّانِ» ذكر أن أبا المجنونة وجدها يجبرانها سواء كانت بكرًا أم ثيبًا صغيرةً أو كبيرةً، وكذلك يجوز عندنا للسلطان أن

....

يزوِّجها، كما يجوز للأب والجد، وكذلك يجوز لجميع مَنْ كان عصبةً أن يزوجها على حسب ما يزوِّجها عليه الأب والجد؛ هذا لفظه.

ولو قيل: يزوجها العصبة إذا ظهرت حاجتها؛ حيث لا سلطان لم يبعد، وظاهر كلامه [أن للمعصب تزويجها صغيرةً ثيبًا أو بكرًا، ولم أَرَه لغيره، وإنما قيل في السلطان خاصةً، وظاهر إطلاقه] العصبة؛ بأن عصبة الولاء يزوِّجونها عند فقد الأقارب، والأصحاب قصروا الكلام على الأقارب، وقضية ذلك أن الْعَتِيقَةَ التي لا نسب لها لا يزوِّجها إلا السلطان خاصةً قطعًا.

ومنها: إذا أحطت عِلمًا بما ذكرناه من أوَّل المسألة، خرج ذلك منه وجوه كثيرة ستة أو أكثر.

ومنها: إذا زوَّج السلطان المجنونة؛ فهل يشترط مراجعة الأطباء في معرفة استصلاحها به؟

أشار في «الترغيب» إلى جريان الوجهين في مراجعة العصبة في ذلك، وهذا إذا كان تزويجها؛ لتوقع الشفاء، وأصله قول «البسيط»: وإذا زوَّجها غير الأب والجد من سلطان أو قريب؛ فهل يجب عليهم التوقف إلى حكم الأطباء بظهور حاجتها أو إلى ظهور مَخَايِل التوقان عليها؟ وجهان، ومَنْشَأَهُ أن المرعي في حقِّهم الحاجة أم الاستصلاح، انتهى.

وعبارة «الوسيط»: ثم هل يشترط حكم الأطباء بظهور حاجتها إلى الوطء؟ فيه وجهان.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يُفهم أنها لو كانت تائقةً، وظهر عليها ذلك بتتبعها الرجال، والوقوع عليهم أنه لا يسلط على تزويجها؛ لكن الإمام صرَّح بجواز تزويجها بسبب ذلك، وكذا بسبب الشفاء، وإنْ لم تكن تائقةً؛ لكن هذه الحالة إذا انفردت عن التوقان، هل يشترط فيها حكم الأطباء بأن فيه شفاءها، أو لا يشترط، ويكفي رجاؤه؟ فيه الخلاف المذكور، انتهى.

وكلام الْغَزَالِيِّ في «الوسيط» في سياق أنه يشترط الحاجة أم تكفي

....

المصلحة، لا بصدد بيان تفصيل الحاجة، وعنده أن الحاجة إِلَى الْوِقَاعِ، وإلى توقع الشفاء سيان، كما اقتضاه كلام «البسيط».

وأما قول ابن الصباغ المشار إليه؛ فقوله في الثيب: «إنْ كانت معتوهةً زوَّجها الأب والجد خاصةً؛ فإنْ لم يكن لها أب ولا جد، وقال أهل الطب: إنَّ علَّتها تزول بالتزويج، زوَّجها الحاكم في هذا الموضع خاصةً، انتهى.

فقوله: «خاصةً» يتعلق بقوله: «زوَّجها الحاكم»، لا بقوله في هذا الموضع، كما قال قبله: «في الأب والجد خاصةً»، ويدلُّ على أن الْغَزَالِيَّ، وابن الصباغ لم يريدا ما ذكره أيهما، فلا يجوز تزويج المجنون بالتوقان مع ما يلحقه من المؤن، ومع قول الأصحاب: إنَّ الأب أو الجد لا يزوِّجه إلا لحاجةٍ، بخلاف المجنونة؛ فأيهما يزوِّجانها بالمصلحة بالاتفاق، وإذا ساغ تزويج المجنون بذلك؛ فالمجنونة أولى، وإنما [يزوج][1] مثل هذا؛ لوضوحه، نعم، كلام ابن الصباغ مشعرٌ باعتبار [الحاجة، وإن لم يرد التخصيص بتوقع الشفاء، وهو خلاف ما اقتضاه كلام شيخه، وغيره من] العراقيين كما بيَّناه.

ومنها: جميع ما سبق في الْمَجْنُون الْمُطْبِق، أما الثَّيب المنقطع جنونها؛ فلا يزوِّجها الأب والجد وغيرهما، إلا في حال إفاقتها بإذنها كالمجنون، والبكر لا يزوِّجها السلطان، وغيره إلا في حال إفاقتها بإذنها.

ومنها: إذا زوِّجت المطبقة؛ حيث يجوز فأفاقت؛ فلا خيار لها، هكذا أطلقه الأصحابُ.

قال ابن الرِّفْعَة: وقال ابن داود شارح «المختصر» من أصحابنا: واختاره الْمُزَنِيُّ في غير «المختصر»: أن لها الخيار، ونصَّ الشَّافِعِيُّ في «الأم» على أنه إذا زوَّجها الحاكم، ثم أفاقت، فلا خيار؛ إذ قال تلو كلامه في تزويجه: وكان إنكاحه إياها كَالْحُكْمِ لَهَا وَعَلَيْهَا، وقد يُفهم ذلك التخصيص به، وأطال القول في ذلك.

(١) في نسخة: (يترك).

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ لَا يَسْتَقِلُّ بِنِكَاحٍ بَلْ يَنْكِحُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ أَوْ يَقْبَلُ لَهُ الْوَلِيُّ،

والظاهر أن المراد بأن ذلك بطريق الحكم لها وعليها، لا حكمًا منه بالصِّحة، وكذلك قال: «لَهَا وَعَلَيْهَا» أي: فلا يُسلَّط على فسخه، كما لو باع مالها؛ فإنه يلزمها تصرفه، لا أن ذلك حكم منه بصحة العقد الذي تعاطاه، والله أعلم.

قال: (**وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ؛ لَا يَسْتَقِلُّ بِنِكَاحٍ**)؛ لأن النكاح يشتمل على مغارم مالية، ولو استقل به لم يأمن أن يفني مالهُ في المهور والنفقات، وقدْ تقرر أنه لا يصح منه التصرفات المالية.

تنبيهات: المهملُ محجورٌ عَلَيْهِ حُكْمًا كالمحجور عليه حِسًّا على الصحيح، لا مَنْ بذَّر بعد رشده، ولم يتصل به حجر الحاكم، فتصرفاته على الأصحِّ نافذة إلى أن يحجر عليه، ولا فرق في عدم استقلال المحجور عليه عند حاجته بين أن يمنعه الولي أو لا، على الأصحِّ في «التتمة» و«الشرح الصغير»، وهو قضية إطلاق «الكتاب» وغيره.

قال الرَّافِعِيُّ: وأطلق الأصحاب الوجهين.

وقال الإمام والْغَزَالِيُّ: إذا امتنع الولي راجع السلطان؛ فَإِنْ تَعَذَّرَتْ مُرَاجَعَتُهُ، وخفت الحاجة؛ ففي استقلاله حينئذٍ الوجهان، انتهى، وإطلاقهم محمولٌ على ما ذكره الإمام.

وقال ابن الْقَطَّان: الوجه المجوز ليس بشيء؛ لأنه لما عضله كان يمكنه أن يأتي الحاكم، وصحَّح الفارقيُّ نكاحه، وهو الأقوى عند تعذر مراجعة الحاكم، وخوف العنت، وسبق في البيع ما يؤيده.

قال: (**بَلْ يَنْكِحُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ**) أي: على المذهب المشهور؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ صَحِيحُ الْعِبَارَةِ، وَإِنَّمَا حُجِرَ عَلَيْهِ؛ صونًا لِمَالِهِ، وَادَّعى الإمام الوفاق على ذلك، وفيه وجهٌ: أنه لَا يَصِحُّ مِنْهُ بِإِذْنِ الولي كالصبي، وكبيعه ماله بإذنه على المشهور.

قال: (**أَوْ يَقْبَلُ لَهُ الْوَلِيُّ**) أي: بِإِذْنِهِ كَمَا سَيَأْتِي، وَهو الْأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ، إذا كان ولي ماله بأن بَلَغَ سَفِيهًا، وَالْقَاضِي أَوْ مَنْصُوبُهُ إنْ طَرَأَ سفهٌ.

فَإِنْ أَذِنَ لَهُ وَعَيَّنَ امْرَأَةً لَمْ يَنْكِحْ غَيْرَهَا، وَيَنْكِحُهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ أَقَلَّ، فَإِنْ زَادَ

وقلنا: الصحيح أن الولاية للقاضي دون الأب، وقيل: إنما يزوِّجه القاضي مطلقًا، وهو شاذٌّ، وفي الْقَيِّمِ وَالْوَصِيِّ كلام يأتي من بعد.

قال: (**فَإِنْ أَذِنَ لَهُ، وَعَيَّنَ امْرَأَةً؛ لَمْ يَنْكِحْ غَيْرَهَا**) اعتبارًا بالإذن، ويبطل إن خالف؛ لحيده عن الإذن، هذا هو المشهور.

ونقل الرَّافِعِيُّ من بعد أنه لو عيَّن امرأةً، فعدل عنها إلى غيرها، ونكحها بقدر مهر الْمُعَيَّنَةِ، وكان مهر مثل المنكوحة أو أقل؛ هل يصحُّ؟ فيه وجهان؛ لأنه لا غرض له في اعتبار الزوجات، ونقل وجهًا أنه لو عيَّن لعبده امرأةً، فنكح غيرها بذلك المهر المعين أو أقل أنه يصحُّ.

قال: (**وَيَنْكِحُهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ**) [أي: حيث لم يقدر له قدرًا حملًا للإطلاق عليه].

(**أَوْ أَقَلَّ**) لِأَنَّهُ حَصَّلَ لِنَفْسِهِ خَيْرًا، وإن عيَّن له قدرًا لتزوج فلانة بألف درهم، فإنْ كان الألف أكثر من مهر مثلها؛ فالإذن فاسد، فإذا نكح لم يصح، وإنْ نكحها بمهر مثلها، هكذا أورداه تبعًا «للتهذيب»، ويحتمل أن يصحَّ الإذن، وتلغو التسمية؛ لأن النكاح قائم بنفسه دون العوض، فإذا جرى بإذن استقل الإذن.

وقلت: لا يفسده ما ذكر بعده من مقدار المهر، وليس كما لو عيَّن امرأةً، فنكح سواها؛ فإنه حاد عن مقتضى الإذن بالكلية، وقد سبق فيه نزاع على أني أجوز أن يكون ما ذكره في «التهذيب» من الفساد من فقه الْقَفَّالِ وأتباعه في أن المخالفة في مقدار المهر توجب فساد العقد، وأما على طريقة العراقيين فلا؛ فليتأمل.

وإنْ كان ما عيَّنه الولي قدر مهر المثل، فنكح به أو بما دونه؛ صحَّ، وإنْ زاد صحَّ بمهر المثل، ويأتي في بطلان الزيادة فيما يذكر فيما إذا أطلق فزاد، وهنا أولى؛ لمخالفة صريح الإذن.

قال: (**فَإِنْ زَادَ**) أي: عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ النِّكَاحِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مِنَ الْمُسَمَّى، وَلَوْ قَالَ: انْكِحْ بِأَلْفٍ وَلَمْ يُعَيِّنْ امْرَأَةً نَكَحَ بِالْأَقَلِّ مِنْ أَلْفٍ وَمَهْرِ مِثْلِهَا، ....

(فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ النِّكَاحِ)؛ لِأَنَّ خَلَلَ الصَّدَاقِ لَا يُفْسِدُ النِّكَاحَ.

والثاني: وَهُوَ مُخْرَجٌ أَنَّهُ بَاطِلٌ لِلْمُخَالَفَةِ.

قال مفرعًا على المشهور: **(بِمَهْرِ الْمِثْلِ مِنَ الْمُسَمَّى)** أي: وتسقط الزيادة، نصَّ عليه في «المختصر» والأصحاب.

وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاغِ: الْقِيَاسُ بُطْلَانُ الْمُسَمَّى، وَيثبتُ مَهْر الْمِثْلِ فِي ذمَّتِه.

وفيما قاله بحثٌ يطول ذكره، فقد ذكر المصنف في «كتاب الصداق»: أَنَّهُ لَوْ نَكَحَ لِطِفْلٍ بِفَوْقِ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ أَنْكَحَ بِنْتًا لَا رَشِيدَةً أَوْ رَشِيدَةً بِكْرًا، بِلَا إِذْنٍ بِدُونِهِ؛ فَسَدَ الْمُسَمَّى، والأظهر صحة النِّكَاحِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛ فما الفرق بين الموضعين؟ وقد سوَّى صاحب «التنبيه» بينهما هناك، وحكم ببطلان الزَّائد فيهما جميعًا، وأقره عليه المصنف في تصحيحه.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: انْكِحْ بِأَلْفٍ، وَلَمْ يُعَيِّنْ امْرَأَةً؛ نَكَحَ بِالْأَقَلِّ مِنْ أَلْفٍ وَمَهْرِ مِثْلِهَا)** إذ لا تجوز الزيادة على ما سماه الولي، ولا على مثل مِهر المنكوحة، واقتضى كلام الشيخين صحة الإذن قطعًا.

وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ حكاية وجه أنه لا بدَّ من تعيين [المرأة، ولا يكفي تعيين] القَبِيلَة، وإطلاقه يشتمل ما إذا قدَّر مهرًا أم لا، فإذا نكح بألف، ومهرها كذلك وأزيد صحَّ، وإنْ كان المقدار أكثر من مهر مثلها، ينكحها بالمقدر صحَّ بمهر المثل، وسقطت الزيادة؛ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ، وتبرعه لاغ، وإنْ نكحها بأكثر من المقدر؛ فإن زاد مهر مثل المنكوحة على المقدر لَمْ يَصِحَّ؛ لأن الصحة بدون مهر مثلها لا يمكن؛ لما فيه من ضررها، ولا يصح بمهرها؛ لزيادته على المأذون فيه، وإنْ تساوى مهرها المقدر أو كان أقل؛ صحَّ النِّكَاحُ بمهر المثل، ويأتي في صحته الخلاف السابق؛ لعقده على غير الوجه المأذون.

وأطلق الْغَزَالِيُّ في كتبه صحة النكاح، فيما إذا زاد على المقدر له من غير تعرض؛ لكون مهرها زائد أو لا، وقال: إذا زاد تسقط الزيادة، وينبغي حمل

وَلَوْ أَطْلَقَ الْإِذْنَ فَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَيَنْكِحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مَنْ تَلِيقُ بِهِ، ....

إطلاقه على التفصيل المذكور.

فرع: قال في «البسيط»: لو قال للسفيه أو للعبد: انكح بألف ولا تزد، فنكح بألفين، قال الإمام: يقطع هنا بعدم الانعقاد، ثم وَجَّهَهُ، ثم قال: وهذا لا يخلو عن إشكال، فإن التعيين بألف مطلقًا نصٌّ في نفي الزيادة، انتهى.

وعبارة «النهاية»: فالذي يقتضيه الرأي عندي أنه لا يصحُّ.

قال: (**وَلَوْ أَطْلَقَ الْإِذْنَ**) يعني: من غير تعرض للمهر والمرأة.

(**فَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ**) كالعبد.

(**وَيَنْكِحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مَنْ تَلِيقُ بِهِ**) حملًا للإطلاق على ذلك.

أما الصحة فنصَّ عليها في «الأم»، قال: ولو أذن له أن ينكح امرأةً، وقال: مَنْ شئت، فنكح التي أذن له فيها أو نكح امرأةً مع قوله: انكح مَنْ شئت، وأصدقها أكثر من مهر مثلها لا يزاد عليه.

والثاني: لا يجوز الإطلاق، قال الْمُتَولِّيُّ: وهو الصحيح.

قال الرَّافِعِيُّ: ويُروى عن ابن خيران وأبي علي الطبري والدَّارميِّ، وفي بعض التعاليق طريقة قاطعة به؛ بل لا بدَّ من تعيين المرأة أو القبيلة أو تقدير المهر.

قلت: ويشبه أن يكون تعيين المحلة أو القرية الصغيرة كالقبيلة.

والثالث: أنه لا بدَّ من تعيين المرأة، ذكره الْمَاورْدِيُّ مع الذي قبله، والمذهب الصحة؛ لأنه إذا صحَّ في قوله: «انكح من شئت»، كما نصَّ عليه؛ صحَّ الإطلاق من باب أولى، وعلة منع الإطلاق كما قاله جماعة احتمال نكاحه شَرِيفَةً يَسْتَغْرِقُ مَالَهُ؛ فعلى المذهب، وهو صحته عند الإطلاق، لو نكح شريفةً يستغرق مهرها ماله؛ فوجهان، حكاهما ابن كَجٍّ[1].

قال الإمام: الوجه أنه لا يصح النكاح ما لم يقع موافقًا للمصلحة، وعليه

(١) انظر: مغني المحتاج (١٢/ ٢١١).

فَإِنْ قَبِلَ لَهُ وَلِيُّهُ اُشْتُرِطَ إِذْنُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَيَقْبَلُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ فَأَقَلَّ، فَإِنْ زَادَ صَحَّ النِّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَفِي قَوْلٍ يَبْطُلُ.

اقتصر الْغَزَالِيُّ، وهو قضية ما في «الكتاب»، وحينئذٍ فهو من فقه الإمام، والشَّافِعِيِّ وغيره، ممن صحح الإطلاق وأطلق، وعبارة النصِّ: «من شئت»، وأحسب أن منع الصحة من الأئمة رأى أن تسليطه الكُلي على نكاح من تليق به بعيد عن الصلاح والسداد.

فرع: لو قال: انْكِحْ مَنْ شِئْت بِمَا شِئْت، قال القاضي الحسين وغيره: لَمْ يَصِحَّ هذا الإذن، وكان لغوًا.

قال: (**فَإِنْ قَبِلَ لَهُ وَلِيُّهُ اُشْتُرِطَ إِذْنُهُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ مُكَلَّفٌ؛ فلا بدَّ من إذنه، وسواء في ذلك الحاكم وغيره، هذا ما ذهب إليه المراوزة، وصحَّحه الْمُتَوَلِّيُّ، والرَّافِعِيُّ، والمصنف.

وَالثَّانِي: لَا يُشْتَرَطُ، وبه أجاب العراقيون، كما يبيع له ويشتري بغير إذنه، وكما لا يعتبر إذنه في سائر مصالحه وحاجاته، وهو الأقربُ إلى ظاهرِ نصِّ «المختصر».

قال: (**وَيَقْبَلُ**) أي: الولي لائقة به.

(**بِمَهْرِ الْمِثْلِ فَأَقَلَّ**) أي: إنْ أمكن نظرًا له كما في الشِّرَاءِ لَهُ.

(**فَإِنْ زَادَ صَحَّ النِّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ**) أي: سواء كان النكاح بإذنه أو استقل به الولي، وجوَّزناه، وتلغو الزِّيَادَةُ؛ لِتَبَرُّعِهِ بِهَا.

(**وَفِي قَوْلٍ: يَبْطُلُ**)، كما لو اشترى له بأكثر من مهر المثل.

وكنتُ أود لو قيل: إنْ علم الولي بمنعه من الزيادة انعزل، ولم يصحَّ النكاح، والأصح على الأظهر أو الأصح، والخلاف شبيه بالخلاف، فيما إذا زوَّج موليته بدون مهر المثل؛ لكن إنْ قلنا: يتوقف على إذن السفيه، فيشبه الأخ، وإنْ قلنا: لا يتوقف؛ فيكون كالولي المجبر، ومقتضى كلام بعضهمَّ بطلانه في حقِّ الأخ، ومَنْ في معناه؛ لأنه استعاد العقد بالإذن، فأشبه الوكيل بخلاف الولي المجبر.

....

تنبيهات وتتمات:

منها: إنما يزوج السفيه عند الحاجة، وذلك بظهور إمَارَاتِ التَّوَقَانِ، وكذا لحاجة الخدمة، نصَّ عليه الشَّافِعِيُّ، وذكره الشيخ أبو حامد وأتباعه والعمرانيُّ.

وقال الْمَاورْدِيُّ: إذا كان يَحْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ، وَخِدْمَةُ النِّسَاءِ أَرْفَقُ لَهُ، جاز لِوَلِيِّهِ ذلك، وقيَّد الرَّافِعِيُّ بما إذا لم يقم بخدمته محرم، وكانت مؤنة الزوجة أخف من ثمن الجارية ومؤنها، وينبغي أن يراعي الولي مصلحته، ويفعل الأحظ له.

ومنها: هل يرجع في حاجته إلى الاستماع إليه؟ نقلًا عن الأكثرين المنع؛ بل لا بدَّ من ظهور إمَارَاتِ ذلك.

وقال الإمام والْغَزَالِيّ: يكفي قوله في ذلك، ويحسن أن يقال: إن عُرف بالصدق، وظهرت عليه التقوى، والحياء؛ صدق بلا إمارة، وإلا اعتبرت، وحكى الإمام وجهًا أنه يزوج بالمصلحة.

ومنها: إنما يزوِّجه الأب والجد إذا وليا ماله؛ بأن بلغ سفيهًا في حجرهما، وإنما قلت: في حجرهما؛ احترازًا عما لو بلغ سفيهًا لا في حجرهما، بأن كان بهما مانع رق أو كفر أو فسق، فإنْ ولي ماله وإنكاحه، والحالة هذه للحاكم، فلو تأهلا بعد ذلك؛ فالظاهر عود الولاية فيهما إليهما؛ لزوال المانع، وأما لو سفه بعد رشده، فإنْ قلنا: يعود الحجر بغير الحاكم، وليا أمره أيضًا، وإنْ قلنا بالأصحِّ: إنه لا بدَّ من حجر الحاكم، فولاية ماله وتزويجه إليه دونهما.

وفي ولاية تزويجه بحثٌ مما سبق عن الإمام في تزويج السفيه في هذه الحالة، وهو ضعيفٌ، والفرقُ ظاهرٌ، ولنا وجهٌ شاذٌّ: أنه إذا بلغ سفيهًا انتقلت ولايته إلى الحاكم، وأما الوصي إذا بلغ سفيهًا، واستمر نظره عليه على المذهب.

....

قال الرُّويَانِيُّ في «الحلية» هناك: زَوَّجَهُ الْوَصِيُّ بإذن الحاكم.

قال الرَّافِعِيُّ: واعتبار إذن الحاكم لا معنى له.

قلت: بل له معنى؛ لأنه محل نظر واجتهاد، ورتبة الوصي منحطةٌ عن رتبة الأب والجد، فيفتقر إلى كمال نظر الحاكم، ولا سيما إذا كان جاهلًا، بما هو الأحظُّ للسفيه في ذلك، ألا ترى أنه لا يبيع ولا يشتري من نفسه بخلافهما؟ وسبق في الحجر عن بعض الأصحاب: أن الوصي لا تعارض له إلا بإذن الحاكم.

وعن «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه ليس له التجارة، إلا أن [يجعل إليه، وإما قَيِّم الْحَاكِمِ، وكلام الإمام والقاضي الحسين يقتضي أنه لا يزوِّجه إلا أن] يفوِّض الحاكِم إليه ذلك، وقال ابن كَجٍ: يزوِّجه، وهو كما قال ابن الرِّفْعَة، المنصوص في «الأم».

قال الشَّافِعِيُّ: وإذا نكح الحر البالغ المحجور عليه بغير إذن وليه؛ فالنكاحُ مفسوخٌ، ووليه ولي ماله، كما يبيع عليه ويشتري.

قال: وهذا النصُّ يقطع كل نزاع، ويفيد أن للوصي تزوِّيجه؛ لأنه ولي المال، ويردُّ قول الْغَزَالِيِّ في «الخلاصة»: إن قَيِّمَ السَّفِيهُ في ماله، إنْ كان أجنبيًا؛ لم يزوجه، انتهى.

وأصل كلام «الخلاصة»، وقول الجوينيِّ، و«مختصره»: إنْ كان قيِّمه ولي النكاح، كما ولي المال؛ فله تزويجه.

قال في «المعتبر»: أي: كان قيِّمه أبًا أو جدًّا أو منصوبًا من الحاكم، مأذونًا في تزويجه عند الحاجة؛ فله تزويجه، كما في حقِّ المجنون، وإلا فلا.

وهذا نحو ما سبق عن «الحلية»، وقد نصَّ في «المختصر»: أن السَّفيه يزوِّجه وليه، وروى الربيع: أنه لا يزوِّجه.

قال الرَّافِعِيُّ: واتفقوا أَنَّهُ لَيْسَ بِاخْتِلَافِ قولٍ؛ ولكن حمل بعضهم رواية الربيع على القيِّم الذي لم يأذن له الحاكم في التزويج، وبعضهم على ما إِذَا لَمْ يَحْتَجْ إِلَى النِّكَاحِ، انتهى.

....

وقال القاضي الحسين: اختلف أصحابنا؛ فمنهم مَنْ قال فيه قولان نقلًا وتخريجًا:

أحدهما: تزويجه وليه، كما يلي ماله.

والثاني: يزوِّجه القاضي؛ لأن ولاية النكاح لا تثبتُ للقيِّمِ.

ومنهم: مَنْ قال: هي على حَالَيْنِ، لا عَلَى قَوْلَيْنِ؛ فحيث قال: «يزوِّجه وليه»؛ أراد إنْ فوَّض إليه القاضي التزويج، وحيث قال: «لا يزوِّجه»؛ أراد إذا لم يفوِّضه إليه.

ومنهم: مَنْ حملها على حالتي الحاجة، وعدمها.

وقال الإمامُ: اتفقوا إنها لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ؛ فحيث قال: «يزوِّج» أراد الأب أو الجد أو القيم، إذا فوَّض إليه القاضي أمر التزويج، وحيث قال: «لا يزوِّج» أراد القيِّمَ الذي لم يفوِّض الحاكم إليه ذلك، ولا يجوز فرض طريقة غير هذه، انتهى.

ويقرب أن يقال: إنْ نصَّبه للنظر في ماله، ولم يعلم(١) سواه؛ لم يزوِّجه إلا بإذنه قطعًا، وإنْ فوَّض إليه النظر في جميع أموره، وأَقَامَهُ فِيهَا مَقَامَ نَفْسِهِ؛ فالأقربُ استقلاله بتزويجه، ويُحتمل افتقاره إلى مراجعته؛ لسهولته، وليجتهد في الأحظِّ له، ويقوى الجزم بهذا، إذا لم يكن القيِّم أهلًا للاجتهاد في ذاك.

ومنها: «لَا يُزَادُ عَلَى وَاحِدَةٍ»، قاله الأصحاب، ونصَّ عليه في «باب ما يجوز أن تصنعه بمال اليتيم»، قاله الْمُتَولِّيُّ، وقيل: يُزَادُ عَلَى وَاحِدَةٍ؛ بناءً على أنه يزوّج بالمصلحة.

قلت: وقد يقال على قولنا: إنَّه إنما يُزَوَّجُ لِلْحَاجَةِ، كما هو المذهب أن الواحدة إذا كانت لَا تُعِفُّهُ؛ لِقُوَّةِ شَبَقِهِ أن يزاد عليها بحسب الحاجة.

وَرَأَيْتُ فِي «وَصَايَا الْأُمِّ»: أَنَّهُ لَا يَجْمَعُ لَهُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ وَلَا جَارِيَتَيْنِ

---

(١) في نسخة: (يذكر له).

وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلَا إِذْنٍ فَبَاطِلٌ، ....

لِلْوَطْءِ، وَإِنِ اتَّسَعَ مَالُهُ، إِلَّا أَنْ تَسْقَمَ أَيَّتُهُمَا كَانَتْ عِنْدَهُ، حَتَّى لَا يَكُونَ فِيهَا مَوْضِعٌ لِلْوَطْءِ؛ فَيَنْكِحَ أَوْ يَتَسَرَّى إِذَا كَانَ مَالُهُ مُحْتَمِلًا لِذَلِكَ، انتهى.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لَوْ جُذِمَتْ أَوْ بَرِصَتْ أَوْ جُنَّتْ جُنُونًا، يُخَافُ مِنْهُ عَلَيْهِ، كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ، نَعَمْ هَلْ تُتْرَكُ الزَّوْجَةُ تَحْتَهُ أَوْ يُؤْمَرُ بِفِرَاقِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ مِنْهُ؟ وَلَمْ يُرْجَ شِفَاؤُهَا؟ هَذَا مَوْضِعُ نَظَرٍ، وَأَمَّا الْأَمَةُ إِذَا لَمْ تَكُنْ أُمَّ وَلَدٍ فَتُبَاعُ، والله أعلم.

ومنها: إذا كان السفيه مطلاقًا سَرَّى بِجَارِيَةٍ، فَإِنْ تَبَرَّمَ مِنْهَا أُبْدِلَتْ، قاله الرَّافِعِيُّ في «الْحَجْرِ»، وكثرة الطلاق عَلَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي الحسين أن يزوِّجه بثلاث على التدريج فَيُطَلِّقُهُنَّ.

وقال الْبَنْدَنِيجِيُّ: إذا زوَّجه واحدةً فطلَّقها، ثم أخرى فطلَّقها؛ يُسَرِّيه.

وحكى في «البحر» وجهين:

أحدهما: إذا طلَّق ثلاث مرات.

والثاني: مرتين.

فإن أراد في زوجات رجع إلى كلام القاضيين، وإلا كان غيرهما، وربما يأتي كلام فيما إذا كان الأب الذي يعفه الابن مطلاقًا، يأتي مثله هاهنا.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلَا إِذْنٍ؛ فَبَاطِلٌ**)، كما لو اشترى بلا إذن، وأولى، وعلَّل بأن عبارته ملغاة.

إشارات: ما ذكره من البطلان هو المنصوص المعروف.

قال ابن الرِّفْعَة: رأيتُ في كلام مَنْ يوثق بنقله أن الأصحَّ: أن السفيه إذا تزوَّج بغير إذن وليه أنه لا يصحُّ؛ فافهم أن في ذلك خلافًا، ولم أَرَه كذلك مطلقًا، انتهى.

سبق في باب «الحجر»: أن الدَّارميَّ أطلق نقل وجهين في نكاحه بلا إذن بمهر المثل؛ فهذا خلافٌ محققٌ، ونكح بلا إذن، ودخل في لفظ المصنف ما إذا استأذن الولي، فمنعه فنكح بلا إذن، وقد تقدَّم الكلام فيه هنا، وفي «الحجر»،

فَإِنْ وَطِئَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَقِيلَ: مَهْرُ مِثْلٍ، ....

والأصحُّ: المنع إلا إذا خفت حاجته، ولم يمكنه مراجعة الولي والحاكم.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن تكون غيبة الولي كامتناعه؛ حتى يجري فيه الخلاف. قال: فإنْ تعذَّر مراجعة الحاكم والولي معًا؛ فينبغي أن يقال: إنْ لم يخف العنت جرى الوجهان، وإنْ خافه ترتب على الخلاف في المرأة، إذا كانت مع رفقة، وخافت العنت؛ فإن قلنا: يجوز هناك؛ فهنا أولى، وإلا فوجهان: أظهرهما عندي الصحة؛ لِخَوْفِ الْهَلَاكِ دُنْيَا وَأُخْرَى، انتهى.

وينبغي أن يلحق بهذا ما لو نشأ ببادية بعيدة عن الحكام، ولا ولي له، واحتاج إلى النكاح فنكح؛ صحَّ للضرورة، وإنْ كان المهملُ محجورًا عَلَيْهِ حُكْمًا.

وفي «شرح الْجِيلِيِّ»: أن السَّفيه إذا لم يحجر عليه، ولم يكن بموضعه حاكم؛ نفذت تصرفاته، وصحَّ إنكاحه، انتهى.

وهذا غير الوجه المشهور في تصرفات المهمل، وأطلق المصنف بطلان نكاح السَّفيه، والظاهر أنه أراد المحجور عليه، أما مَنْ طَرَأَ سَفَهُهُ؛ فتصرفاته صحيحة، مَا لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ، على الأصحِّ كما سبق.

قال في «الدقائق»: قوله: «بِلَا إِذْنٍ» أولى من قول «المحرر»: «بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَلِيِّ»؛ لأنه لا يدخل في عبارة «الكتاب»: ما إذا اسْتَأْذَنَهُ فَمَنَعَهُ، وأذن الحاكم؛ فإنه يصحُّ قطعًا، مع أن الولي لم يخرج بمنعه عن الولاية؛ لأنه صغير، انتهى.

وكان الأحسنُ أن يقول: بلا إذنٍ صحيحٍ؛ لأن الإذن الفاسد كالعدم، كما سبق فيه.

قال: (**فَإِنْ وَطِئَ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ**) أي: لا حدَّ ولا مهر، كما لو اشترى شيئًا من مالكه المطلق التصرف فيه وأتلفه؛ لأن المعاقدة معه تسليط على الإتلاف.

(**وَقِيلَ: مَهْرُ مِثْلٍ**) لأن الوطء إذا خلا عن العقوبة وجب المهر غالبًا، وعلَّله الرَّافِعِيُّ بأن تعرية النِّكَاحِ عَنْ الْمَهْرِ والحدِّ جميعًا لا سند إليه، ونوقِّش

وَقِيلَ: أَقَلُّ مُتَمَوَّلٍ.

في ذلك، وصوَّره في صور في مسائل تأتي في «باب الخيار».

(وَقِيلَ: أَقَلُّ مُتَمَوَّلٍ) دعايةً لِحَقِّ السَّفِيهِ، ووفاءً لِحَقِّ السَّيِّدِ[1] ليمتاز عَنْ السِّفَاحِ.

تنبيهات: منها: خَصَّ الْمَاوَرْدِيُّ الْخِلَافَ في «كتاب الصداق» بِالْمُطَاوَعَةِ؛ فَإِنْ كَانَتْ مُكْرَهَةً لَزِمَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَنُقِلَ عَنْ الْبَصْرِيِّينَ تَخْصِيصه أيضًا بِحَالَةِ جَهْلِها بسفهٍ وَحَجْرٍ، فإن كانت عالمةً؛ فَلَا مَهْرَ قَوْلًا وَاحِدًا، وعن البغداديين ذكر خِلَافُ فِي الْحَالَيْنِ، انتهى.

والأشبهُ أنه إذا كانت بالغةً رشيدةً عالمةً بحجره، وفساد نكاحه، ومكَّنته طائعةً ألا يجب لها مهر قطعًا؛ لأنها زانية، وقيد المصنف اللزوم في «فتاويه» بما إذا كانت رشيدةً، قال: فأما السفيهة فلها المهر قطعًا؛ لأن تسليطها لا أثر له، كما لو تبايع سفيهان.

قلت: وبالأولى ما لو كانت صغيرةً أو مجنونةً، فسلَّمها الولي عالمًا بحاله أو جاهلًا، وفي النَّفس شيءٌ من وجوبه للسفيهة العالمة بفساد النكاح المطاوعة، وَلَيْسَ الْبُضْعُ كالمال؛ بل هي والحالة هذه زانية، فيما يظهر كما قلناه في الرشيدة على أني لم أَرَ هذا التقييد لغير المصنف، وأحسبه من تصرفه، وإلحاقه كذلك بمسألة الشراء، والله أعلم.

وربما نذكر - إن شاء الله تعالى - في الكلام على ما لو قال للغير: اقْطَعْ يَدَيْ، ما يوضح ذلك. ثم رأيتُ ابن الرِّفْعَة، قال عقب قول «البسيط»: وأما السَّفه في جانبها؛ فلا يظهر له أنه يجوز أن يقال: مراده أن السفيهة في ذلك كالرشيدة، بخلاف لو أتلف لها مالًا، ويجوز أن يكون مراده كالرشيدة في اشتراط الإذن؛ حيث يشترط، وهو الأشبه، انتهى.

ويرشد إليه قوله في «البسيط» في آخر المسألة: أما السفه من جنبها؛ فَلَا أَثَرَ لَهُ فِي البكر والثيب جميعًا، ووجهُه بيِّن لمن تأمله، انتهى.

---

(١) في الأصل والنسخة: «التعبد»، والمثبت من «حاشيتي قليوبي وعميرة» (٨/ ١١٥).

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِفَلَسٍ يَصِحُّ نِكَاحُهُ، وَمُؤَنُ النِّكَاحِ فِي كَسْبِهِ، لَا فِيمَا مَعَهُ.

ومنها: إطلاقه يُفهم أنه لا يلزمه شيء يقتضي أنه لا يلزمه في الحَجر، ولا بعد الرشد، وهو المشهور، وقيل: يلزمه بعد فكِّ الحجر عنه، وقد يُفهم أيضًا أنه لا يلزمه ظاهرًا ولا باطنًا؛ لكن الذي نصَّ عليه الشَّافِعِيُّ في «الأم»: أنه يَلْزَمُهُ فِي الْبَاطِنِ، كما سبق في «كتاب الحجر»، وهو المختارُ.

ومنها: جَمْع ابن الرِّفعة فِي «الْمَطْلَبِ» سِتَّ مَقَالَاتٍ:

قال: **أَصَحُّهَا**: لَا يَجِبُ لَهَا شَيْءٌ حَالًا وَلَا مَآلًا، إنْ عَلِمَتْ بحَجْرِهِ أَوْ جَهِلَتْهُ؛ لِتَسْلِيطِهَا عَلَى الْإِتْلَافِ بِالتَّمْكِينِ.

ثَانِيهِمَا: لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ حَالًا وَلَا مَآلًا، إنْ علمتْ وإنْ جهلتْ؛ لزمه بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ مَهْرَ الْمِثْلِ.

ثالثها: أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ إلَّا بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ، فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى، ومَهْرُ الْمِثْلِ سَوَاءٌ فِي حَالَتَي الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ.

رابعها: لَا يَلْزَمُهُ الحكم، ويلزمه بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ، فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى، أقل مَا يُسْتَبَاحُ بِهِ البضع، انتهى.

خامسها: يَلْزَمُهُ في الحال مَهْرُ الْمِثْلِ.

سادسها: يَلْزَمُهُ في الحال أقل مَا يُسْتَبَاحُ بِهِ البضع، انتهى.

والذي اقتضاه نصُّه في «الأم» في «البيوع» ما ذكرناه، وأنه يَلْزَمُهُ مَهْرُ الْمِثْلِ بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى، وهو المذهب عندي.

قال: (**وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِفَلَسٍ؛ يَصِحُّ نِكَاحُهُ**)؛ لِأَنَّهُ عبارته صَحِيحة، وَلَهُ ذِمَّةٌ، هكذا أطلقه الأصحابُ.

قال ابن الرِّفْعَة: وإذا عدَّينا الحجر إلى نفسه حتى لا يصحَّ شِرَاؤُهُ فِي الذِّمَّةِ على وجه، فيشبه ألا يستقل به، وهل يصحُّ منه بإذنٍ؟ فيه نظرٌ، وذلك؛ لضعف أصل تعدي الحجر إلى نفسه.

قال: (**وَمُؤَنُ النِّكَاحِ فِي كَسْبِهِ، لَا فِيمَا مَعَهُ**) أي: لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغُرَمَاءِ به؛

فَصْلٌ

وَنِكَاحُ عَبْدٍ بِلَا إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ، وَبِإِذْنِهِ صَحِيحٌ، ....

بل يبقى في ذمته على فك حجره وَيَسَارِهِ.

فصل

قال: **(وَنِكَاحُ عَبْدٍ بِلَا إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ)** لقَوْلِهِ ﷺ: «**أَيُّمَا مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مولاه؛ فَهُوَ عَاهِرٌ**»[١] حَسَّنَهُ التِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ ولأبي داود: «فَهُوَ بَاطِلٌ».

وأشار الشَّافِعِيُّ في «الْأُمِّ» إلى الإجماع فيه؛ إذ قَالَ: وَلَا أَعْلَمُ مِنْ أَحَدٍ لَقِيتُهُ، وَلَا حُكِي عَنْ أحدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ اخْتِلَافًا فِي ذلك.

لكن وافقه أبو حَنِيفَةَ عَلَى إِجَازَةِ السَّيِّدِ، وَعَنْ مَالِكٍ: يَصِحُّ وَلِلسَّيِّدِ فَسْخُهُ؛ ولذلك علَّل الْمُتَوَلِّيُّ نفي الحدِّ عند علم المرأة بأنه وَطْء شُبْهَة؛ لاختلاف العلماء في انعقاده، والظاهرُ أن الشَّافِعِيَّ لم يرد نفي الخلاف مطلقًا؛ فإن خلاف وَقْفِ الْعُقُودِ مشهورٌ.

تَنْبِيهٌ: يشمل قَوْلُه: «بَاطِلٌ»، مَا لَوْ اسْتَأْذَنَه فَمَنَعَهُ، وهو الصحيح، وفي الممنوع السابق وجه أنه يستقل به، نعم لَوْ اسْتَأْذَنَه فَرَفَعَهُ إِلَى حَاكِمٍ، يَرَى إِجْبَارَ السَّيِّدِ، فَأَمَرَهُ بِهِ فَامْتَنَعَ، فَأَذِنَ لَهُ الْحَاكِمُ أَوْ زَوَّجَهُ، وينبغي أنه يصحُّ جزمًا، كما لو عضل الولي السفيه، هل عيَّنه السيد كذلك؟ فيه نظرٌ، وكذلك لَوْ خَافَ الْعَنَتَ، ولا حاكم أو كان ولَمْ يُعِفَّهُ؛ فهل يستقل به للضرورة؟ فيه نظرٌ.

قال: **(وَبِإِذْنِهِ صَحِيحٌ)** أي: إذا كَانَ مُعْتَبَرَ الْإِذْنِ، غَيْرُ مُحْرِمٍ؛ لِمَفْهُومِ

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٢٣٤، رقم ١٦٧٥)، وأحمد (٣/ ٣٠٠، رقم ١٤٢٥٠)، وعبد الرزاق (٧/ ٢٤٣، رقم ١٢٩٧٩)، والدارمي (٢/ ٢٠٣، رقم ٢٢٣٣)، وأبو داود (٢/ ٢٢٨، رقم ٢٠٧٨)، والترمذي (٣/ ٤١٩، رقم ١١١١)، وقال: حسن. والحاكم (٢/ ٢١١، رقم ٢٧٨٧) وقال: صحيح الإسناد. وأبو يعلى (٤/ ٥، رقم ٢٠٠٠)، والبيهقي (٧/ ١٢٧، رقم ١٣٥٠٨). وابن أبي شيبة (٣/ ٥٣٤، رقم ١٦٨٦٢)، والطبراني في الأوسط (٥/ ١٠٢، رقم ٤٧٩٧)، وأبو نعيم في الحلية (٧/ ٣٣٣).

وَلَهُ إِطْلَاقُ الْإِذْنِ، وَلَهُ تَقْيِيدُهُ بِامْرَأَةٍ أَوْ قَبِيلَةٍ أَوْ بَلَدٍ، وَلَا يَعْدِلُ عَمَّا أَذِنَ فِيهِ

الْحَدِيثِ، ولأنه صحيح العبارة، ومنعه كان لحقِّ سيده، وسواء أذن السيد والسيدة الْمُطْلَقِينَ التَّصَرُّفَ المخلين، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ وجهًا أنه لا بدَّ من إذن ولي المرأة مع إذنها.

فرع: يصحُّ نكاح المكاتب بإذن سيده، وقيل: على الخلاف في تبرعاته.

قال: **(وَلَهُ إِطْلَاقُ الْإِذْنِ)** أي: قطعًا، واستدل به على جواز إطلاق الإذن للسفيه، وفرق المانع هناك بأنه قد ينكح شَرِيفَةً يَسْتَغْرِقُ مَهْرُهَا مَالَهُ، والعبد لا يرغب فيه الأشراف؛ فلذلك صحَّ الإذن له مطلقًا، ويحتمل أن يقال: لا تنكح عند الإطلاق إلا من تثق به، وينزل إطلاق السيد عليها، فلو نكح شريفةً ليستغرق مهرها ومؤنها كسبه الكثير؛ لم يصحَّ، ويجوز أن يقال: ويصحُّ مطلقًا، وهو الظاهرُ؛ إما لأن السيد مقصر بترك التعيين في حقِّ نفسه، أو أنه راضٍ بذلك بخلاف الولي؛ فإن إذنه ورضاه لا يؤثران في حقِّ السفيه.

قال: **(وَلَهُ تَقْيِيدُهُ بِامْرَأَةٍ أَوْ قَبِيلَةٍ أَوْ بَلَدٍ، وَلَا يَعْدِلُ عَمَّا أَذِنَ فِيهِ)** مُرَاعَاةً لِلْإِذْنِ الْمُقَيَّدِ، فَإِنْ عَدَلَ عما عين له؛ لم يصحَّ، وقيل: إذا تساوى مهر المعدول إليها مهر المعينة، فنكحها به أو بما دونه؛ صحَّ، نقله عن الرَّافِعِيِّ فيما إذا كان قد نصَّ على مهر المعينة، ولا فرق في جريانه بين أن ينصَّ على ذلك، أو يطلق إذا نكحها بمهر مثلها، ويشبه أنه إذا عيَّن أَمَةً لا يجوز العدول إلى حرة قطعًا، ولا بالعكس؛ لما لا يخفى، ولو عيَّن له مهرًا فزاد؛ فالزيادة في ذمته يتبع بها بعد العتق.

قال الإمام: فلو صرَّح بألا ينكح بأزيد مما سمى له، لرأى أنه لا يصح النكاح، كما ذكرنا في السفيه، ولو نكح عِنْدَ الْإِطْلَاقِ امرأة بأزيد من مهر مثلها؛ فهل يصحُّ النكاح، ويجب المسمى في الحال أو يُتْبَعُ بالزيادة بعد العتق أو يبطل النكاح؟ فيه احتمالات ذكرها الحناطي؛ أظهرها: الأول.

فرع: أذن السيد ثم رجع فنكح جاهلًا برجوعه، فكتصرف الوكيل حينئذٍ، ولو نكح بإذن، ثم طلَّق؛ لم ينكح، ولم يحدد نكاحها إلا بإذن جديد، ولو أذن

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ عَبْدِهِ عَلَى النِّكَاحِ وَلَا عَكْسُهُ، ....

وشرط ألا يطلق، أو أن يطأ كل يوم، أو أن يطلق بعد شهر، أو شرط ألا ينفق عليها من كسبه؛ صحَّ الإذن، ولغا الشرط، قاله الْقَفَّالُ في «الفتاوى»، وسيأتي الكلام عليه - إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ عَبْدِهِ عَلَى النِّكَاحِ وَلَا عَكْسِهِ**) وأما إجبار السيد العبد البالغ العاقل؛ ففيه قولان:

الجديد الأظهر: المنع؛ لأنه يَمْلِكُ رَفْعَهُ؛ فكيف يجبر عليه، ولأنه يُلْزِمُ ذِمَّتَهُ مَالًا؛ فلا يجبر عليه كَالْكِتَابَةْ.

والقديم: له ذلك كما يجبر أَمَته، وأما الصغير؛ ففيه طرقٌ، صحَّح المصنف وغيره أنه كالكبير.

والثاني: يجبره قطعًا، واختاره ابن كَج، وهو ظاهر نصه، أو نصه في «الأم»، وجرى عليه أكثر العراقيين، ويؤيده قول مَنْصُور التَّمِيمِيِّ فِي «الْمُسْتَعْمَلِ».

قال -يعني: الشَّافِعِيُّ: وإذا زوَّج عبده، وهو كارهٌ لم يجز إلا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا، انتهى، ونصَّ صاحب «المهذب» على الفرق بينهما.

والثالث: لَا يُجْبَرُ قَطْعًا، ذكرها القاضي الحسين، وهو أضعفُ الطرقِ، نعم، رتبه بعضهم على الكبير، وجعل الصغير أولى بالإجبار.

قال في «الروضة»: وَالْمَجْنُونُ الْكَبِيرُ كالصَّغيرِ.

قلت: ويشبه إنه إذا توقع له الشفاء، بقول الأطباء؛ إنه يجبره قطعًا؛ لأنه استصلاح لماله كَالْمُدَاوَاةِ، وقد أوجب الرَّافِعِيُّ تزويج الكبير المجنون الحر؛ لهذا المعنى، فلا يمنع السيد من إصلاح ماله، وإنْ قلنا: لا يجبر الصغير، وإما العكس، وهو أن يجبر السيد على تزويج عبده عند طلبه حالة توقانه؛ فوجه المنع فيه: أَنَّهُ يُشَوِّشُ مَقَاصِدَ الْمِلْكِ وَفَوَائِدَهُ؛ فلا يلزمه، كَتَزْوِيجِ الْأَمَةِ.

وَالثَّانِي: يُجْبَرُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى الْبَيْعِ، كذا حكاه الصَّيمريُّ وغيره.

وقضية إطلاق المصنف وغيره أنه إذا أجبرنا السيد فامتنع؛ يَكُونُ عَاضِلًا،

....

حتى يَأْذَنَ لَهُ الْحَاكِمُ، وليس كذلك، والأحسنُ أن يقال: إما أن يزوِّجه أو يُزِيلَ مِلْكَهُ عَنْهُ. ثم إني راجعتُ المسألة، فرأيتُ الْمَاوَرْدِيَّ وغيره قالوا: لو امتنع السيد زوَّج القاضي، فلو نكح بنفسه، قال الإمام: فهو كما لو نكح السفيه بعد امتناع الولي، وحينئذٍ يجتمع في إجبار السيد ثلاثة أقوال: الأولان متقابلان، وهما ما أورده المصنف وغيره، والثالث ما ذكره الصَّيمريُّ وغيره، واستحسنه ابن الرِّفْعَة، ويشبه أن يحمل الثاني عليه، ويكون الغرض فيما إذا أراد دوام ملكه، أما إذا قال: أنا أبيعه أو أهبه، ونحو ذلك؛ مُكِّن منه، ومتى أجبر السيد أجبره ولي المحجور عليه، ولا فرق فيما ذكرناه بين المكاتب وغيره، وقطع الْمَحَامِلِيُّ فِي «الْمُقْنِعِ» بإجابة المكاتب دون القن، ورتبه غيره على القن والمكاتب أولى لوجوبه الإجابة، ولم يفرقوا بين أن يخشى العبد العنت أو لا، وللفرق وجهٌ.

تتمات: محل القولين في الأولى فِي غَيْرِ الْمُكَاتَبِ وَالْمُبَعَّضِ، أما هما فلا يجبرهما السيد قطعًا، وفي الْمَوْقُوفِ وَالْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ كلامٌ ذكروه في بابهما.

والظَّاهرُ أن القولين في الصورتين في التائق أما لو لم يكن كذلك لَهَرَمٍ أَوْ جبٍّ أَوْ تَعْنِينٍ فلا، ويحتمل أن يقال: يجري الخلاف في الثانية فيه إذا خشي الوقوع في الاستمتاع المحرم غير الوطء، وهو بعيدٌ جدًّا، وإذا قلنا: يجبر العبد؛ فللسيد القبول، وهل له إكراه العبد عليه؟

قال الْبَغَوِيُّ: له ذلك؛ لأنه إكراه بحقٍّ.

وقال الْمُتَوَلِّيُّ: لا يصحُّ قبوله مكرهًا، وقال: كما لو قهر ابنه البالغ حتى قبل النكاح. وهذا يُفهم أنه غير مفرع على الإجبار، لا كما فهمه نقل الرَّافِعِيِّ عنه، وإذا قلنا: للسيد الإجبار، قبل إقراره بالنكاح على عبده جريًا على القاعدة، صرَّح به القاضي الحسين هنا، وتبعه الْمُتَولِّيُّ، والْبَغَوِيُّ، والرَّافِعِيُّ بيَّنها في «شرح الكتاب» بقوله إثر قول المصنف: «وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ عَبْدِهِ» أي: الْمُوَافِقُ لَهُ فِي الدِّينِ عَلَى النِّكَاحِ، يروم بذلك الاحتراز، عما ذكره آخر المسألة عن قول الرَّافِعِيِّ.

وَلَهُ إِجْبَارُ أَمَتِهِ بِأَيِّ صِفَةٍ كَانَتْ، فَإِنْ طَلَبَتْ لَمْ يَلْزَمْهُ تَزْوِيجُهَا، وَقِيلَ: إِنْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ لَزِمَهُ، ....

أما إذا كان العبد مسلمًا، والمولى كافرًا؛ فهل له إجباره إذا رأينا للمسلم إجبار العبد؟ فيه الخلاف الآتي، فيما لو كان السيد مسلمًا، وله امرأة كافرة، هل يملك تزويجها؟ وهذا تخيلٌ عجيبٌ، واحترازٌ فاسدٌ؛ لأنه قاله على قول المنع، لا على قول الإجبار؛ فاقتضى احترازه أن له إخبار غير الموافق، إما على الأظهر، أو على القولين، وهذا لا يقوله أحد.

قال: **(وَلَهُ إِجْبَارُ أَمَتِهِ بِأَيِّ صِفَةٍ كَانَتْ)** أي: مِنْ صِغَرٍ وَكِبَرٍ، وَبَكَارَةٍ وَثُيُوبَةٍ، وَعَقْلٍ وَجُنُونٍ [وَتَدْبِيرٍ] وتعليق عتق بصفة ونحوهن، لا كالمكاتبة كتابة صحيحة والمبعَّضة، وله إجبار أم الولد على أظهر الأقوال؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَرِدُ عَلَى الْبُضْعِ، وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ، ولأنه ينتفع بِمَهْرِهَا وَنَفَقَتِهَا بِخِلَافِ الْعَبْدِ.

إشارات: ليس له إجبارها على نكاح معيب بجذامٍ أو برصٍ أو جنونٍ، نصَّ عليه.

[قال ابن الرِّفْعَة: وفي تعليل الإجبار في «الأم»، ما يفهم خلافه، وفيما يفهمه نظرٌ].

قال في «البسيط»: لم يختلفوا أنه لا يجوز تزويجها من معيب بالعيوب الخمسة، وأنها لو زوِّجت منه بغير رضاها؛ لم يصحَّ، وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ الْمَرْهُونَةِ بَعْدَ لُزُومِهِ، فإنْ فعل؛ لم يصحَّ، نعم ينبغي أن يصحَّ لو نكحها المرتهن؛ لاستحباب، ولا يجوز تزويج الْمُتَعَلِّق بِرَقَبَتِهَا مَالًا بِلَا إِذْنٍ، إِنْ كَانَ مُعْسِرًا، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا؛ فالْأَصَحُّ فِي «الرَّوْضَةِ» الجواز، والظَّاهرُ أن المحجور عليه بالفلس كالراهن، ويحتمل غيره، وهذا كلُّه في الموافقة في الدين، أما غيرها فسيأتي الكلام فيها.

قال: **(فَإِنْ طَلَبَتْ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ تَزْوِيجُهَا)**؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَنْقِيصِ الْقِيمَةِ، وَتَفْوِيتِ الِاسْتِمْتَاعِ عَلَيْهِ.

(وَقِيلَ: إِنْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ) أي: مُؤَبَّدًا؛ **(لَزِمَهُ)** إعفافًا لها؛ لأنها لَا يُتَوَقَّعُ مِنْهُ

وَإِذَا زَوَّجَهَا فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ بِالْمِلْكِ لَا بِالْوِلَايَةِ ....

وقاعًا، ولا نظر إلى التحريم العارض، كما لو كانت أختها موطوءة له أو زوجة.

واعلم أني قيدت بقولي: «مُؤَبَّدًا» إطلاقه، ويدخل فيه ما لو كانت مجوسية أو وثنية؛ لأنها بصدد أن تسلم، ويحتمل أن يخرج على الوجهين؛ لأن الظاهر استمرارها على دينها، ولم أرَ فيه نصًّا.

إشارات: حكى الإمام هذا الوجه قولًا، وصحَّحه صَاحِبُ «الْمُعَايَاةِ»، ويشبه أن يكون محله في التائقة، ويقوى ممن يخاف زناها، ويجب أن يقال: يلزمه ذلك أو منعها، ويجيء على ما سبق من إطلاق إيجاب التزويج، أنه لو امتنع زوَّج الحاكم عليه، كما قيد في العبد، وبه صرَّح الْغَزَالِيُّ وغيره، وفي إيجاب إجابة الرتقاء والقرناء نظرٌ. والظَّاهرُ أنه لا يجب على ما فيه تفرع، وفي إجباره على تزويج المكاتبة كتابةً صحيحةً؛ وجهان، صحَّح في «الروضة» المنع؛ لأنها قد تعجز فيتضرر السيد بذلك، وصحَّح المحامليُّ في «المقنع»، والفارقيُّ الإجبار؛ لأنها تستعين بالمهر والنفقة على كتابتها.

وقال ابن الْقَطَّان: يحتمل أنه يجب وجهًا واحدًا.

وأما المبعضة؛ فقال الرَّافِعِيُّ: الظاهر أنها لا تجاب، وخرَّجها الْبَغَوِيُّ وغيره على الوجهين، فيمن لا تحلُّ له، وأبداه ابن الصباغ احتمالًا، وأطلق صاحبا «الوسيط» و«الكافي» الوجهين في المسألة من غير تقييد بالمحرمة عليه، وظاهر عبارة «البسيط» عدم الفرق، فإنْ صحَّ إطلاقهما - وهو بعيدٌ - حصل ثلاثة أوجه.

وقال ابن الْقَطَّان: لا خلاف أنه لا يجبر على تزويج من تحلُّ له، وإنْ كَانَتْ مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، فكان بعض أصحابنا يخرِّجه على وجهين، ومنهم مَنْ قال: يجب قولًا واحدًا، وهو الصحيحُ، انتهى.

قال: (**وَإِذَا زَوَّجَهَا؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ بِالْمِلْكِ لَا بِالْوِلَايَةِ**)؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا فِي الْجُمْلَةِ، كما يملك التزويج، وَالتَّصَرُّفَ فِيمَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَهُ، وَنَقْلُهُ إِلَى الْغَيْرِ يَكُونُ بِحُكْمِ الْمِلْكِ، كَاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ، وَنَقْلُهَا بِالْإِجَارَةِ.

فَيُزَوِّجُ مُسْلِمٌ أَمَتَهُ الْكَافِرَةَ وَفَاسِقٌ وَمُكَاتَبٌ، وَلَا يُزَوِّجُ وَلِيٌّ عَبْدًا صَبِيًّا ....

وَالثَّانِي: بِالْوِلَايَةِ؛ لأنه عَلَيْهِ النظر، ورِعَايَة الْحَظِّ لها، حَتَّى لَا يجوز تزَوِّجُهَا مِنْ مَعِيبٍ بغير رضاها. قال مفرعًا على الأصحِّ: **(فَيُزَوِّجُ مُسْلِمٌ)** أي: جَائِزُ التَّصَرُّفِ، **(أَمَتَهُ الْكَافِرَةَ)** هذا فيه شمولٌ، أما الكتابية؛ فهو المنصوص والمذهب، وأما الوثنية والمجوسية؛ قال في «الروضة»: ففيهما وجهان، صَحَّحَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ الجواز، وقطع الْبَغَوِيُّ بالمنع، انتهى.

ولفظ «المنهاج» و«تهذيب المحرر» يقتضي موافقة أبي عليٍّ؛ حيث عبرا بالكافرة، والذي رأيته في «المحرر»: الكتابية، وقضيتها موافقة الْبَغَوِيِّ، ولا خفاء أن المرتدة لا تزوَّج بحال، وتزويج الوثنية مفرع على المذهب، وهو أن الرِّقَّ يَعْصِمُ دمها، خلافًا للحليميِّ.

وعلى قولنا: يزوِّج السيد [أمته] بالملك، لَا يُزَوِّجُ الْكَافِرُ أَمَتَهُ الْمُسْلِمَةَ على الأصحِّ، وفرَّق القاضي الحسين بينه وبين المسلم؛ حيث يزوِّج أمته الكافرة، بأن المسلم مسلط على بضع الكافرة؛ ولأنه يملك الاستمتاع بها، فيملك تزويجها؛ فعلى التعليل الأول: يزوِّج المسلم أمته الوثنية والمجوسية، وعلى الثاني: لا.

قال: **(وَفَاسِقٌ)** [أي: وإن قلنا: الفسق سالب؛ لأنه يتصرف بالملك كالإجارة].

(وَمُكَاتَبٌ) أي: كِتَابَةً صَحِيحَةً؛ لما قلناه، وقد أطلق ذلك، وقضيته أنه لا يفتقر إلى إذن سيده، وكذا أطلقا في «الروضة» وأصلها، وسبق أنه لا يزوَّج إلا بإذنه، وبيَّنا ما فيه.

إشارة: جميع ما سبق، ويأتي في أَمَة لم يتعلق برقبتها حق للغير، فإن تعلق كالمرهونة والموقوفة وَالْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهَا أَبَدًا، وأَمَة الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ والجانية، وأَمَة المحجور المفلس؛ ففيهن كلامٌ، وتفصيل في «المطولات»، أسلفنا بعضه.

قال: **(وَلَا يُزَوِّجُ وَلِيٌّ عَبْدًا صَبِيًّا)** أي: وَمَجْنُونٍ وَسَفِيهٍ على الصَّحِيحِ؛ لما

وَيُزَوِّجُ أَمَتَهُ فِي الْأَصَحِّ].

فيه مِنْ انْقِطَاعِ أَكْسَابِهِ، وَفَوَائِدِهِ عَنْهُمْ، وبه جزم في «المحرر»؛ لكنه صوَّرها في الإجبار، وقيل: يجوز تزويجه إذا رآه الولي مصلحةً.

قَالَ فِي «الدَّقَائِقِ»: وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ أَصْوَبُ مِنْ قَوْلِ «الْمُحَرَّرِ»: وَلَا يُجْبِرُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مَعَ عَدَمِ إجْبَارِهِ مَنْعُ تَزْوِيجِهِ بِرِضَاهُ، وَالصَّحِيحُ مَنْعُهُ، وبه قطع الْبَغَوِيُّ.

والحاصل أنه لا يجبره، ولا يجوز له تزويجه برضاه، ولا يجب إجابته إذا طلب إلا إذا قلنا: يجبر السيد، ويزوج الولي هنا، وفيه ما سلف.

قال: (**وَيُزَوِّجُ أَمَتَهُ**) أي: وأمة المجنون والسفيه.

(**فِي الْأَصَحِّ**) أي: إذَا ظَهَرَتْ الْغِبْطَةُ كَمَا قَيَّدَاهُ فِي «الرَّوْضَةِ» وَأَصْلِهَا اكْتِسَابًا لِلْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ.

والثاني: لا؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَنْقُصُ قِيمَتُهَا، وَقَدْ تَحْبَلُ فَتَهْلِكُ بالولادة.

والثالث: يزوج الصبية دون أَمَة الصَّبِيِّ ونحوه، فقد يحتاج إليها الصبي إذا بلغ، وكذا المجنون إذا أفاق، وقضية هذا التوجيه اختصاص هذا الوجه بمن تحلُّ له، ويجب طرده في أَمَة الصبيِّ والمجنونِ، والمحرَّمة عليه، أو الغني عن الاستمتاع بها.

قال الإمام: يجوز تزويج أَمَة الثيب الصغيرة، وإنْ لم يجز تزويجها.

وقال في «الروضة»: وفيمن يزوج أَمَة الصغير والمجنون؛ وجهان:

أحدهما: ولي ماله نسيبًا كان أو قيمًا أو وصيًا.

وأصحهما: أنه ولي النكاح الذي يلي المال، وعلى هذا غير الأب والجد لا يزوِّج أَمَة الصغير والصغيرة، والأب لا يزوِّج أَمَة الثيب الصغيرة، فإنْ كانت مجنونةً؛ زوَّج، وإنْ كانت لسفيه؛ فلا بدَّ من إذنه، انتهى.

وهذا من الرَّافِعِيِّ اقْتِفَاءٌ للبغويِّ، وإعراض عما قاله الإمام وغيره، وهو الأوجهُ بدليل ما سبق عن نصِّ «الأم»: أن ولي السفيه في نكاحه من يلي ماله، كما يبيع ماله؛ فإذا كان ولي السفيه نفسه ولي ماله، فكذلك ولي أمته؛ لأنه

....

تصرف له في ماله، لا سيما إذا قلنا: يزوِّج الأَمَة بحكم المِلك، وقد بنى الْمُتَوَلِّيُّ الخلاف في تزويج أَمَة الطفل على ذلك، إنْ قلنا: التزويج تصرف بحكم الملك؛ زوَّج، أو بحكم الولاية، فلا؛ لأن تصرفه في مال الطفل نيابةً عنه، أما كون ماله يقيده ولاية فلا، وهكذا الحكم في أَمَة المجنون والسفيه، انتهى.

وقضية هذا أن ولي المال يزوِّج مطلقًا من كان، وهو ما يقتضيه كلام الشيخ أبي حامد في «التعليق»، وعلى ما قاله الْبَغَوِيُّ ينبغي ألا يجوز للأب تزويج أمة الصغير المجنون؛ لأنه لا يزوِّجه. وقضية إطلاقهم عدم استثنائهم له، يقتضي جوازه، وهو الظاهرُ كالعاقل، وقياس ما ذكره في الثيب الصغيرة من أن أمتها لا تزوج؛ لأن الولي لا يملك تزويجها، ينبغي ألا يكفي إذن السفيه؛ إلا حيث يكون محتاجًا إلى النِّكاحِ، فلو كان غير محتاج إليه، ثم تملك تزويجه؛ فكذلك لا يزوِّج أمته على هذه الطريقة الغريبة.

فإنْ قلت: قال الدَّارميُّ: إذا كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ مَجْنُونَةً أَوْ سَفِيهَةً، [أو ذكرًا كذلك] فهل يزوِّجها الأب والجد؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز، نصَّ، **والثاني**: قاله أبو حامد، ورتبه ابن الْقَطَّان على ولاية المال.

قلت: هذا لفظه، وقوله: «نصَّ»، يعني: عليه الشَّافِعِيُّ، وحينئذٍ يقال: إما أنه قول على ما إذا دعت حاجته إليها، أو كانت المصلحة في الترك، وإما أن يكون له نصٌّ بخلافه، وبالجملة فكلامنا على قولنا: يزوِّج الولي أَمَتَهُمْ.

قال ابن الرِّفْعَة: وإذا كان ولي المجنون الحاكم؛ فينبغي ألا يجوز للأب تزويج أمته؛ لأنه لا يلي ماله في هذه الحالة.

فرع: أَمَة الْبَالِغَة الرَّشِيدَة، قال في «البيان»: يزوِّجها وليها تبعًا للولاية عليها، وسواء الولي بالنسب وغيره، هذا هو المشهور من المذهب.

وفي «الفروع» وجهان آخران:

أحدهما: لا يزوجها إلا الحاكم.

....

والثاني: لا يصحُّ تزويجها إلا باجتماع الحاكم وولي المرأة.

وسواءٌ الأَمَة العاقلة والمجنونة والصغيرة والكبيرة، ولا حاجة إلى إذن الأَمَة، ويشترط إِذْنُ السَّيِّدَةِ نُطْقًا[1] وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا؛ إذ لَا تَسْتَحِي منه، وهذا في الناطقة، وإنْ كانت خرساءً مُفْهِمَةً؛ كفت إشارتها. والظاهر أنه إذا زوَّج أَمَة العاقلة الرشيدة بإذنها على المشهور، فكان له تزويج أمة الصغيرة المجنونة وغيرها بلا إذن؛ لأنه تصرف لها في مالها على وجه النظر لها، كما أسلفناه.

فرع: قال الْمَاوَرْدِيُّ: إِذَا كَانَ للمرأة -أي: المطلقة التصرف- عَبْدٌ صغيرٌ، وأرادت تزويجه؛ ففي تزويجه وجهان:

أحدهما: مَنْ يزوِّجها كالأَمَة.

والثَّاني: مَنْ تَأْذَنُ لَهُ مِنَ النَّاسِ؛ لِأَنَّ الوَلِيَّ يُرَاعَى فِي الزَّوْجَةِ دُونَ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ بَالِغًا؛ فَالصَّحِيحُ: أَنَّه يَتَزَوَّجُ بِإِذْنِهَا.

وقيل: لا بدَّ من إذن وليها مع إذنها، وزُيِّفَ بأن الْعَبْدَ مَمْنُوعٌ مِنَ النِّكَاحِ بِحَقِّ الْمِلْكِ، فَاسْتَوَى إِذْنُ الْمَالِكِ وَالْمَالِكَةِ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ، انتهى.

وهذا الفرع مفرعٌ على إجبار العبد الصغير كما سبق بيانه، ووقع في «المطلب» نسبة هذا الفرع إلى الرَّافِعِيِّ، ولعله من سهو الناقل، وإنما هو في «الحاوي»؛ فاعلم.

فائدة: قول المصنف: «وَيُزَوِّجُ أَمَتَهُ فِي الْأَصَحِّ» مطلقٌ، وينبغي تخصيصه بالأَمَة التي يملك السيد تزويجها بالملك لو كان بالغًا، فلو كانت وثنية أو مجوسية، والصغير مسلم، وقلنا: البالغ لا يزوِّجها، فكذلك وليه، وكذا لَوْ كَانَ الصَّغِيرُ كَافِرًا، وَلَهُ أَمَةٌ مُسْلِمَةٌ؛ لا يجوز لِوَلِيِّهِ تَزْوِيجُهَا عَلَى الْمَذْهَبِ، وهذا واضحٌ، وإنْ سكتوا عنه؛ لأن الغرض هنا بيان مالكية التزويج، لا بيان محله للولي؛ فإنْ ذلك مبينٌ في حقِّ السيدِ؛ ولكن التنبيه عليه هنا حسنٌ؛ إذ قد يغفل عنه.

---

(١) في نسخة: (مطلقًا).

خاتمة نسأل الله تعالى حُسنها

وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْجِيُّ - بِالْجِيم - فِي كِتَابِهِ «الذَّرَائِعِ إلَى عِلْمِ الشَّرَائِعِ»، وهو مختصرٌ حسنٌ مفيدٌ: لا ينعقد النكاح إلا بستة شروط: الإيجاب، والقبول، وشاهدين، وإذنها إنْ اعتبر، وأن يعقد على زوجين معلومين، وطريق العلم إما بذكر النسب أو المعاينة أو الإشارة كهذه، وإنْ لم يسمها في أصحِّ الوجهين، وإنْ لم يعلم الزوج أنها تحلُّ له، فلو كان له بنتان إحداهما محرَّمة عليه بصهرٍ أو رضاعٍ، فقال: زوجتك [بنتي أو فلانة، وهو لا يعلم أنها المحرَّمة أو الأخرى؛ لا يصحُّ، فلو قال: زوجتك] التي تحلُّ؛ لم يصحَّ أيضًا للجهالة، انتهى.

وهذه الشروط واضحةٌ معلومةٌ من كلام الأصحاب، وأنا أحببتُ ذكرها مجموعةً تبعًا له - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى -، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

بَاب مَا يَحْرُمُ مِنْ النِّكَاحِ

قال الشارح: قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾ ۞ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۖ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ ۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ۚ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٢٤﴾﴾ [النساء: ٢٣، ٢٤].

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي هَذَا الحكمِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ إِلَى مَاذَا تُوُجِّهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أصحهما: وبه قال الْأَكْثَرُون: أَنَّهُ مُتَوَجِّهٌ إِلَى الْوَطْءِ وَالْعَقْدِ مَعًا.

قال المصنف: [تَحْرُمُ الْأُمَّهَاتُ، وَكُلُّ مَنْ وَلَدَتْك أَوْ وَلَدَتْ مَنْ وَلَدَكَ فَهِيَ أُمُّك،

وَالثَّانِي: إِلَى الْعَقْدِ.

فَأَمَّا الْوَطْءُ؛ فَمُحَرَّمٌ بِالْعَقْلِ، انتهى[1].

وإسناد التحريم إلى العقل؛ بناءً على قاعدة الحسن، وليس بمرضٍ، قيل: ويحتمل أن يقال: إنَّ التحريم متوجه إلى الاستمتاع، وهو ما يفهمه كلام مَنِ ادَّعى عدم الإجمال في الآية الكريمة، وهو المختار في الأصول، ومن تحريمه يلزم تحريم العقد.

قال: (**تَحْرُمُ الْأُمَّهَاتُ**) للنصِّ، والإجماعِ، وبدأ بِهِنَّ اقتداءً بالنصِّ والآية؛ ولِأَنَّهن أَغْلَظُ حُرْمَةً.

(**وَكُلُّ مَنْ وَلَدَتْك أَوْ وَلَدَتْ مَنْ وَلَدَكَ**) أي: ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى.

(**فَهِيَ أُمُّك**) فيندرج فيه كل الجدات من قبل الأب والأم.

وهل ثبوت التحريم شمول الاسم لَهنَّ أو للإيجاب؛ لتشاركهن في المعنى، وهو الولادة؟ فيه وجهان يجريان في بنات البنين [وبنات البنات] وَإِنْ سَفَلْنَ، وكذا في بقية المحرمات إذا طلعن درجة أو نزلنها، كعمة الأب أو الأم، وخالة الأب أو الأم، وبنت ولد الأخ أو الأخت، قاله الْمَاوَرْدِيُّ؛ فعلى الأول يكون ما يشير به المصنف الأمهات حقيقةً، وعلى الثاني يكون مجازًا.

وقد قال الشَّافِعِيُّ: إن كُلًّا تُسَمَّى أُمًّا؛ فيجوز أن يريد الحقيقة فيكون حجة للأول، ويحتمل أن يريد أعم من ذلك؛ فلا يدلُّ ذلك أن يحتمل اللفظ شاملًا لهنَّ على التقديرين؛ بناءً على استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه.

قال ابن الرِّفعة: ويظهر أن الخلاف فيما لو وقف أو أوصى لأمهات، هل يختص بذلك الوالدات بغير واسطة أو تدخل الجدات؟

قيل: وفيما قاله نظرٌ إذا كانت الصيغة: وقفتُ على أمهاتي؛ إذ يتعذر الحمل على الحقيقة عند مَنْ يقصر الأم على الوالدة بلا واسطةٍ؛ بل يشبه ذلك

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٥٠٧).

وَالْبَنَاتُ، وَكُلُّ مَنْ وَلَدْتَهَا أَوْ وَلَدْتَ مَنْ وَلَدَهَا فَبِنْتُك. قُلْت: وَالْمَخْلُوقَةُ مِنْ زِنَاهُ تَحِلُّ لَهُ، ....

على ما لو وقف على أولاده، وليس له إلا ولد واحد، وله أولاد ابن.

قال: (**وَالْبَنَاتُ**) بالنصِّ والإجماع.

(**وَكُلُّ مَنْ وَلَدْتَهَا أَوْ وَلَدْتَ مَنْ وَلَدَهَا؛ فَبِنْتُك**) وَإِنْ شِئْت قُلْت: كُلُّ أُنْثَى يَنْتَهِي إلَيْكَ وِلَادَتها بِوَاسِطَةٍ وَبِغَيْرِهَا، وهل ذلك طريق الحقيقة أو المجاز؟ فيه الخلاف السَّالف، وكذا الخلاف السَّالف فيما توجه إليه التحريم.

قال (**قُلْت: وَالْمَخْلُوقَةُ مِنْ زِنَاهُ تَحِلُّ لَهُ**) ذكر هذه الزيادة عقب ذكره تحريم البنات؛ لدفع توهم أنها بنته، وليس كذلك شرعًا، وحاصل المذهب فيها ثلاثة أوجه:

الأصحُّ المنصوصُ: الْحِلُّ مَعَ الْكَرَاهَةِ، وجه الحلِّ أنها أَجْنَبِيَّةٌ عَنْهُ، بدليل انتفاء جميع أحكام النسب.

والثَّاني: المنع، وادَّعى [القاضي ابن كَجٍ][(١)] أنه مذهب الشَّافِعِيِّ.

قال: وإنما كره نكاح من أرضعته المزني بها، والمذهب المشهور الأول، وبه قال مالك - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى -.

والثالث: إنْ تيقن أنها من مائه؛ حرمت عليه، وإلا فلا، واختاره الرُّويَانِيُّ، وجماعةٌ.

وَالتَّحَقُّقُ؛ قيل: يكون بحبسها من الحمل إلى الولادة، وقيل: إنما يكون بإخبار الصادق، وهو الظاهرُ، وسواءٌ المطاوعة على الزنا والمكرهة.

واختلف أصحابنا فيما ذكره الشَّافِعِي: له نكاحها، قيل: لاختلاف العلماء فيه، فعلى هذا لو أخبر الصَّادق أنها ليست من مائه؛ حلت له، وقيل: إنما كرهها؛ لاحتمال كونها منه؛ فعلى هذا لو أخبر الصَّادق بذلك؛ لم تحلَّ له، بأن يكون ذلك زمن عيسى عَلَيْهِ السَّلَامُ ويخبر به.

(١) في نسخة: (ابْن القاصِّ).

وَيَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَلَدُهَا مِنْ زِنًا، وَاللهُ أَعْلَمُ، وَالْأَخَوَاتُ وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ، وَالْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ، وَكُلُّ مَنْ هِيَ أُخْتُ ذَكَرٍ وَلَدَكَ فَعَمَّتُك، أَوْ أُخْتُ أُنْثَى وَلَدَتْك فَخَالَتُك.

واعلم أن هذه الزيادة في كثير من نسخ «المحرر» بلفظ: إلا الْبِنْتَ الْمَخْلُوقَةَ مِنْ مَاءِ الزاني، والظاهر أنها مَقْحَمَةٌ [لأنها ليست في «تهذيبه» ولا فيما قيل: إنها بخطِّه.

فرع: تَحْرُمُ عليه الْمَنْفِيَّةُ بِاللِّعَانِ، وقيل: إنْ لم يدخل بأمها؛ لم يحرم، والظاهر] أنها تباح لَهُ بَاطِنًا، إذا تحقق أنها ليست منه، ولم يجز دخوله بأمها.

قال الْمُتَوَلِّيُّ: وفي قتله بقتلها، وحده بقذفها، وقطعه بسرقة مالها، وقبول شهادته لها وجهان[1].

قال: (**وَيَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَلَدُهَا مِنْ زِنًا، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: للآية الكريمة والإجماع، كما أجمعوا على أنه يرثها، ويتوارث مع ولدها بأخوة الأم، وحينئذٍ فالمسألة داخلة في كلام «المحرر».

قال: (**وَالْأَخَوَاتُ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ، وَالْعَمَّاتُ، وَالْخَالَاتُ**) بنصِّ القرآن والإجماع، وكما تحرم بنات الأخوة، وتحرم بنات أولادهم الذكور والإناث، وَإِنْ سَفَلْنَ، وكذلك بنات الأخوات من جميع الجهات، وبنات أولادهن الذكور والإناث.

قال: (**وَكُلُّ مَنْ هِيَ أُخْتُ ذَكَرٍ وَلَدَكَ؛ فَعَمَّتُك، أَوْ أُخْتُ أُنْثَى وَلَدَتْك؛ فَخَالَتُك**)؛ لدخولهن في الاسم، والعمات أخوات الأب سواء كن لأب أو لأم، وكذلك عمات الأب والأم، وعمات الأجداد والجدات، وهل حرمن بالاسم أو المعنى؟ على الخلاف السالف.

وينظم العمات قولك: العمة أخت ذكر ولدك بواسطة أو بغيرها، كان ينبغي للمصنف أن يذكر الواسطة كما ذكره فيما تقدَّم، ثم حكم خالات الأب والأم وخالات الأجداد والجدات ما سبق، ولم يتعرض للواسطة كما صنع في

---

(١) انظر: حاشية الجمل (١٦/ ٤٩٤).

وَيَحْرُمُ هَؤُلَاءِ السَّبْعُ بِالرَّضَاعِ أَيْضًا، وَكُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْك أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْك أَوْ مَنْ وَلَدَكَ أَوْ وَلَدَتْ مُرْضِعَتَك أَوْ ذَا لَبَنِهَا فَأُمُّ رَضَاعٍ، وَقِسْ الْبَاقِي

العمة، وهل حرمن بالاسم أو المعنى؟ فيه ما سبق، وينظمهن قولك: الخالة أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغيرها، ولا يحرم من عدا هؤلاء من القرابات فيباح بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات قربن أو بعدن، وللأصحاب عبارتان مشهورتان في ضبط المحرمات بالقرابة أحسنهما وأوجزها: تحرم نساء القرابة إلا من دخل في اسم ولد العمومة وولد الخئولة.

قال: **(وَيَحْرُمُ هَؤُلَاءِ السَّبْعُ)** أي: وهن الأمهات والبنات والأخوات.

(بِالرَّضَاعِ أَيْضًا)، وبنات الأخوة، وبنات الأخوات، والعمات، والخالات بالرضاع أيضًا؛ للنصِّ والإجماع على الأمهات والأخوات من الرضاعة، وقسنا الباقي عليهما.

وفي «الصحيحين» من رواية عائشة - رضي الله عنها -: **«يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنْ الْوِلَادَةِ»**[1] وفي لفظ: **«لهما من النسب»**.

وروى الترمذي (٤/ ٣٧٤)، وصحَّحه عن عليٍّ رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **«إِنَّ اللهَ حَرَّمَ مِنَ الرَّضَاعِ مَا حَرَّمَ مِنَ النَّسَبِ»**.

وفي «الصحيحين»: **«إن عمًّا لعائشة من الرضاع استأذن عليها بعد أن أنزل الحجاب فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تأذن له»**[2].

قال: **(وَكُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْك أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْك أَوْ مَنْ وَلَدَكَ أَوْ وَلَدَتْ مُرْضِعَتَك أَوْ ذَا لَبَنِهَا)** يعني: الفحل الذي لبن المرضعة منه.

(فَأُمُّ رَضَاعٍ) لما سبق.

(وَقِسِ الْبَاقِي) أي: باقي الأصناف المتقدمة، فكل امرأة أرضعت بلبنك، أو بلبن من ولدته أو أرضعتها امرأة ولدتها، وكذلك بناتها من النسب والرضاع، فبنتك والأخت كل من أرضعتها أمه أو ارتضعت بلبن ابنتك أو

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري: (٤٧١٣)، ومسلم (٢٦١٧).

وَلَا يَحْرُمُ عَلَيْك مَنْ أَرْضَعَتْ أَخَاك وَنَافِلَتَك، وَلَا أُمُّ مُرْضِعَةِ وَلَدِك وَبِنْتُهَا وَلَا أُخْتُ أَخِيك: مِنْ نَسَبٍ وَلَا رَضَاعٍ وَهِيَ أُخْتُ أَخِيك لِأَبِيك لِأُمِّهِ وَعَكْسُهُ، ....

ولدتها المرضعة، والفحل، وأخوات الفحل، والمرضعة، وأخوات من ولدهما من نسب أو رضاع عماتك، وخالاتك، وكذلك كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك أو رضعت بلبن [واحد من أجدادك من النسب والرضاع، وبنات أولاد المرضعة، والفحل من النسب، والرضاع بنات أختك وأخيك، وكذلك كل أنثى أرضعتها أختك أو ارتضعت بلبن] أختك وبناتها وبنات أولادها من الرضاع والنسب، بنات أخيك وأختك، وكذا بنات ذكر أرضعتها أمك أو ارتضعت بلبن ابنتك، وبنات أولاده من النسب والرضاع بنات أختك وبنات كل امرأة أرضعتها أمك أو ارتضعت بلبن ابنتك وبنات أولادها من النسب والرضاع بنات أخيك [هذا بيان] قياس الباقي.

فائدة: قال الْبَغَوِيُّ في «تعليقه»: اختلف أصحابنا في أن تحريم غير الأم والأخت بالكتاب أو بالسُّنة؛ فمنهم من قال بالسُّنة؛ لأن الله تعالى لم ينصَّ إلا على الأم والأخت، ومنهم من قال: إنه تعالى نبَّه على تحريمهن كلهن، وذلك أن جميع من حرم من السبع بالنسب فإنما حرم بمعنيين بالولادة والأخوة، فتحريم الأم والبنت بالولادة، وتحريم سائرهن بالأخوة، إما بأخوته أو بأخوة الأب أو الأم، وتحريم بنات الأخ والأخت بولادة، والأخوة بنص، والرضاع على الأم يثبتها على كل من يحرم بالولادة، ونص على الأخت يثبتها على كل من يحرم بالأخوة، والبيان مرةً يكون واضحًا جليًا، ومرةً دقيقًا خفيًّا؛ ليظهر به فضل من يحسن الاستنباط، ويستدرك الخفي على من يجهله، انتهى، ولم يحضرني لهذا الخلاف فائدة فقهية.

قال: (**وَلَا يَحْرُمُ عَلَيْك مَنْ أَرْضَعَتْ أَخَاك وَنَافِلَتَك، وَلَا أُمُّ مُرْضِعَةِ وَلَدِك وَبِنْتُهَا وَلَا أُخْتُ أَخِيك: مِنْ نَسَبٍ وَلَا رَضَاعٍ وَهِيَ أُخْتُ أَخِيك لِأَبِيك لِأُمِّهِ وَعَكْسُهُ**) هؤلاء النسوة الأربع استثناهن جماعةٌ من قولنا: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فقالوا: وهؤلاء يحرمن في النسب وفي الرضاع قد لا يحرمن:

إحداهن: أم الأخ والأخت في «البسيط»؛ لأنها أم وزوجة أب، وفي

....

الرضاع قد لا يكون كذلك بأن ترضع أجنبية أخاك وأختك، فإنها لا تحرم عليك؛ لانتفاء المعنى المفضي للتحريم في النسب.

الثانية: أم نافلتك في النسب وهو ولد الولد، إما بنتك أو زوجة ابنك، وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كما لو أرضعت أجنبية نافلتك.

الثالثة: جدة ولدك في النسب، إما أمك أو أم زوجتك، وكلاهما حرام، وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كأم أجنبية أرضعت ولدك.

الرابعة: أخت ولدك في النسب، إما بنتك أو بنت زوجتك المدخول بها، وكلاهما حرام، وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كأجنبية أرضعت ولدك فبنتها أخت ولدك، وليست محرمة عليك؛ لأنها أجنبية منك، وزاد بعضهم أم عمه وعمته وأم خاله وأم خالته فإنهن يحرمن بالنسب بخلاف الرضاع، كذا قال الرَّافِعِي تبعًا «للتهذيب» وغيره، وعليه مؤاخذات لفظية:

إحداها: قال: أم الأخ من النسب، إما أم أو زوجة أب، وعبارة «المحرر»: إما أم أو موطوءة أب بملك أو بشبهة؛ بل قد تكون أم الأخ في النسب غير موطوءة بأن استدخلت ماءه، فإنه يثبت النسب فتكون أم أخيه، وليست بزوجة، ولا موطوءة له؛ لكنها في النسب حرام، وإن لم تكن موطوءة؛ بناءً على ثبوت المصاهرة باستدخال المني، كما ذكره الْبَغَوِيُّ، ولم أرَه لغيره؛ بل إطلاقهم أن الربيبة لا تحرم إلا بالدخول بالأم، يفهم أنه لا أثر لاستدخال الماء.

الثانية: هذه المؤاخذة تأتي في قوله: أم نافلتك، إما بنتك أو زوجة ابنك، ولا ينحصر في ذلك؛ لجواز كونها مملوكة أبيه أو موطوءة بشبهة، وكذلك قوله في الثالثة: جدة ولدك، إما أمك أو أم زوجتك لا تنحصر فيهما؛ لجواز كونها أم موطوءته بملك أو بشبهة.

الثالثة: أنه لا حاجة إلى الاستثناء؛ لأن المذكورات في النسب لم يحرمن من النسب؛ بل يحرمن بالمصاهرة، وكذلك جاء الحديث مطلقًا، ولم يستثن الشَّافِعِي والمحققون شيئًا، كذا قاله في «الروضة» في زيادة له استدراكًا،

وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ مَنْ وَلَدْتَ أَوْ وَلَدَكَ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ ....

والرَّافِعِي ذكر نحوه في «كتاب الرضاع»؛ لكن بلفظ قد يقال: الحرمة هناك من جهة المصاهرة لا من جهة النسب.

وقال الْبَغَوي في «تعليقه»: وهذا في الحقيقة ليس باستثناء، وأما أخت الأخ فلا تحرم بنسب ولا رضاع مثاله في النسب أن ينكح أبوك امرأةً أو يطأها بشبهة فيولدها أبناءً، ولها ابنة من غير أبيك ملك نكاحها، وهي أخت أخيك لأبيك، وهي أخته لأمه، وعكسه لو كان لها ابن من غير أبيك يجوز له أن يتزوج بعض بنات أبيك، وهن أخوات أخيه لأمه من أبيه، ومثاله في الرضاع امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرةً أجنبيةً يجوز لأخيك نكاحها.

قال: (**وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ مَنْ وَلَدْتَ أَوْ وَلَدَكَ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ**) أما زوجة الولد فللآية، وشمل التحريم حلائل الأحفاد، وإن سفلوا؛ لكن هل هو لدخولهن في الاسم أو معنى الاسم؟

قال الْمَاوَرْدِيُّ: على ما مضى من الوجهين، وقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣] مخرج للتبني؛ إذ لا يحرم على المزوجة من تبناه؛ لأنه ليس بابن له. ورأيتُ في كتاب «الإعجاز» للجيليِّ أن ابن القاص قال في كتاب «الوشائح»: إنه يجوز أن يتزوج زوجة ابن بنته؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ﴾ [النساء: ٢٣] وهو ليس ابنًا له بدليل قول الشاعر:

بَنُوْنَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا بَنُوْهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ

قال الجيليُّ: ولم يذكر هذا الحكم غيره، وأما زوجة من ولدك سواء الأب والأجداد من قبل الأم أو الأب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ﴾ [النساء: ٢٢].

قال في «الأم»: يعني في الجاهلية قبل علمكم بتحريمه، فإنه كان أكبر ولد الرجل يخلف على امرأة أبيه، وقوله: «من نسب أو رضاع» أي: تحرم زوجة من ولدت أو ولدك سواء كانوا من نسب أو رضاع، أما النسب فللآية، وأما الرضاع فللحديث المتقدم.

وَأُمَّهَاتُ زَوْجَتِك مِنْهُمَا وَكَذَا بَنَاتُهَا إنْ دَخَلْتَ بِهَا، ....

قال: (**وَأُمَّهَاتُ زَوْجَتِك مِنْهُمَا**) أي: من النسب والرضاع؛ لما سبق، وحرمت أمهات الزوجة للآية: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وأم الزوجة حقيقة هي والدتها، وأما جداتها فهل دخلن بالاسم أو بمعناه على ما مضى؟ (**وَكَذَا بَنَاتُهَا إنْ دَخَلْتَ بِهَا**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] إلى قوله: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وذكر المحجور في الآية خرج على الغالب بلا مفهوم له عند الجمهور، واعتبره داود، ورُوِيَ عن عمرَ وعليٍّ - رضي الله عنهما -.

قال ابن المنذر: وقد أجمع علماء الأمصار على خلافه، والزنا يثبت بنات الزوجة وبناتهن، وإن سفلن، وبنات الربائب منهن كبناتك منك، ومن نسبٍ، أو رضاعٍ، ولا يحرُمْنَ إلا بالدخول بالأم. قيل: وما الفرق من حيث المعنى بين الأمِّ، والبنت في اشتراط الدخول؟ قال الْمُتَوَلِّي: وهو أن الرجل يتسلى في العادة بمكالمة [أم] الزوجة عقب النكاح؛ لأنها ترتب الأمور، فحرمت بالعقد؛ حتى يمكنه الخلوة بها، ويسهل عليه ترتيب أمره بخلاف البنت؛ فإنها لا تقوم بمصالح الأم، فانتفى هذا الغرض، وذكر الْبَغَوِي في «تعليقه» نحوه، ولنا وجهٌ غريب: أن أمهات الزوجة لا يحرمن إلا بالدخول كالربائب.

تنبيه: زوجة الأب والابن وأم الزوجة يحرمن بمجرد العقد الصحيح، أما مجرد العقد الفاسد فلا تتعلق به حرمة المصاهرة كما صرَّح به في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»، وقال في «الدقائق»: قول «المحرر»: ويحرم من جهة المصاهرة بالنكاح الصحيح، والصواب حذف لفظة: «الصحيح»، كما حذفها «المنهاج»، فإن حرمة المصاهرة تثبت بالنكاح الفاسد، انتهى.

وهذا الإطلاق ليس بصواب.

قال الشيخ برهان الدين: والظاهر أنه غلط من مسألة إلى مسألة؛ فإنه قال في «المحرر»: ويحرم من جهة المصاهرة بالنكاح الصحيح أمهات الزوجة، وزوجة الابن، وزوجة الأب، ثم قال: ويحرم بالدخول في النكاح الصحيح بنات الزوجة.

وَمَنْ وَطِئَ امْرَأَةً بِمِلْكٍ حَرُمَ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا وَبَنَاتُهَا وَحَرُمَتْ عَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ، وَكَذَا الْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ فِي حَقِّهِ، قِيلَ أَوْ لَا حَقِّهَا، الْمَزْنِيِّ بِهَا، ....

فقوله أولًا: الصحيح لا بُدَّ منه.

وقوله ثانيًا: الصحيح ليس بجيد؛ إذ الدخول محرم في النكاحين، فكأنه أراد أن ينبه على الثاني، فيقول: قوله: ويحرم بالنكاح الصحيح، الصواب حذف لفظة: «الصحيح»، فإن حرمة المصاهرة تثبت مع الدخول في الفاسد، فذكر الأول، انتهى.

وكان ذكر لفظة: «الصحيح» ثانيًا وقع في بعض النسخ، وإلا فالموجود في نسخ «المحرر»، وتهذيبه وإيجازه؛ ذكر الصحيح في الأول فقط، وهو الصواب.

فرع: لا تحرم بنت زوج الأم، ولا أمه، ولا بنت زوج البنت، ولا أمه، ولا أم زوجة الأب، ولا بنتها، ولا أم زوجة الابن، ولا بنتها، ولا زوجة الربيب، ولا زوجة الرَّاب.

قال: (**وَمَنْ وَطِئَ امْرَأَةً بِمِلْكٍ؛ حَرُمَ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا وَبَنَاتُهَا وَحَرُمَتْ عَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ**)؛ لأن الوطء بملك اليمين نازل منزلة عقد النكاح، وكذلك يحرم الجمع بين وطء الأختين بالملك كالنكاح، وقد نقل الإجماع على أن الوطء في الملك يثبت به تحريم المصاهرة والمحرمية؛ لأنه وطء بسبب مباح فكان كالوطء في النكاح.

قال: (**وَكَذَا الْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ فِي حَقِّهِ، قِيلَ: أَوْ لَا حَقِّهَا الْمَزْنِيِّ بِهَا**) الوطء بالشبهة كالوطء بالنكاح الفاسد والبيع الفاسد، أو ظنها زوجته أو أمته، ووطء الجارية المشتركة، وجارية الابن تثبت به حرمة المصاهرة على المشهور.

وقال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من علماء الأمصار أن مَنْ وطئ امرأةً بنكاح فاسد أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده، وولد ولده، انتهى.

فأشار إلى الإجماع فيه، وليس بإجماع، قال الشَّافِعِي في «الأم»: وإن كانت الإصابة بنكاح فاسد احتمل أنه يحرم، إلى أن قال: واجب إلى أن يحرم

....

به من غير أن يكون واضحًا، فلا يحل له عندي أن ينكح أمها ولا ابنتها، ولا ينكحها أبوه ولا ابنه، وقال غيرنا: لا يحرم النكاح الفاسد، وإن كانت فيه إصابة، كما لا يحرم الزنا؛ لأنها ليست من الأزواج ولا يلحقها طلاق ولا كذا؛ فتعليله وعدم تعقيبه بتنكير يشير إلى ميل منه إليه.

وقال في «التحريم»: إنه محتمل، وإن لم يكن واضحًا لا جرم، حكى الفوراني وغيره ذلك قولًا له، فعلى المذهب المشهور، هل ثبتت به المحرمية حتى يجوز له المسافرة بأمها وبنتها ولأصله وفروعه الخلوة بها والمسافرة بها؟ فيه وجهان، ويقال: قولان، المنسوب إلى نص «الإملاء» وعامة الأصحاب، كما قاله الرَّافِعِي: المنع؛ لأنه لا يجوز له الخلوة والمسافرة بالموطوءة؛ فبأمها وبنتها أولى، والثاني: نعم، ومال إليه الإمام، كما يثبت به النسب والعدة، وإيراد أبي الطيب يقتضي ترجيحه ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى القديم؛ إذا تقرر هذا فإن كانت الشبهة من الجانبين فلا شك في اعتبارها في حرمة المصاهرة، وإن لم تشمل الجانبين فيخرج من كلام الإمام والغزالي ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العبرة به، كما أن ثبوت النسب والعدة يختص بما إذا كانت الشبهة من جانبه.

والثاني: تكفي كونها من أحد الجانبين.

والثالث: لا تؤثر ما لم يكن من الجانبين.

وبين هذا الإيراد وإيراد الرَّافِعِي والْمُتَوَلِّي وغيرهما الخلاف تفاوت يطول ذكره، والملخص من كلام الأئمة أن الاعتبار بجانبه، وأنه يعم تحريم المصاهرة حينئذٍ، وأنه إذا كانت الشبهة من جانبها دونه، ففيه ثلاثة أوجه:
المشهور: أنه لا أثر لذلك أصلًا.

وثانيها: أنه يؤثر في حقها.

وثالثها: يؤثر في حقهما معًا، وفي ثبوته توقف، وإن تضمنه كلام الإمام والرَّافِعِي، وإطلاق الإبانة.

....

تنبيهات وتتمات:

منها: لو كانت الموطوءة بالشبهة ميتة لم يثبت بوطئها حرمة بالمصاهرة، كما لو سقى لبنًا حُلب من ميتة لا يثبت حرمة الرضاع، قاله الْبَغَوِي في «فتاويه» في باب الغسل، وما ذكره في لبن الميتة، هو المذهب، وفيه وجه، يأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

ومنها: ذكر الرَّافِعِي وجماعة من أسباب الشبهة في حقه أن تمكن البالغة مراهقًا أو مجنونًا، زاد الْمُتَوَلِّي: وتستدخل ذكرًا على ما تم، قال ابن الرفعة: وفي جعل وطء المجنون ووطء المراهق وطء الشبهة نظر، وأيده بما لم يتضح.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وتثبت المصاهرة باستدخال الماء؛ إذا كان محترمًا بأن كان ماء زوجها، زاد الْبَغَوِي: سواء أنزل باحتلام، أو استمناء، أو كان ماء أجنبي نزل بشبهة، كما يثبت النسب وتجب العدة، وإذا أنزل الزوج بزنا، ففي «التهذيب»: أنه لا يثبت نسب ولا صهر ولا عدة، ثم قال: من عنده وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطء زوجته على ظن أنه يزني، قال ابن الرِّفْعَة: الظن غير مطلق، فلم يرتب عليه حكمًا؛ نظرًا إلى ما في نفس الأمر، ولا كذلك إنزاله بزنا في أجنبية، فإن الظاهر والباطن في ذلك سواء، وهو زنا، فلم يتعلق به تحريم ولا يثبت به نسب، انتهى.

ومراد الْبَغَوِي: أنه إذا وطئ أجنبية بزنا، ثم نزع فأنزل، فأخذت زوجته من ذلك الماء بعينه واستدخلته، وهذا شيء آخر غير الزنا، ولا يلزم [من كون] الزنا نسب إنزاله بغير حكمه، كما لا يلزم من مقارنة ظن الزنا له في وطء زوجته، وأيضًا فالإنزال إما قبل الإيلاج في المزني بها، أو بعده، وحينئذٍ هو كاستمنائه.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: ولو استدخلت مَني زوجها؛ لكن الزوج أنزله بسبب الزنا فلا نسب، ولا صهر به، ولا عدة، ولا مهر، هكذا قاله الأصحاب؛ لتحقق الحرمة، ولحقها، قال المعلق عنه: قال شيخنا: يثبت؛ لوجود الشبهة الجانبة من العقد، انتهى.

....

وفي «الكافي»: وإن كان الزوج أنزل بالزنا، فإذا استدخلته امرأته هل تثبت هذه الأحكام؟ وجهان، فأخذ بحث الْبَغَوِي مع نقله، وجعلهما وجهين.

ومنها: قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: لو استدخلت ذكرًا أشل فلا نسب ولا صهر به ولا عدة، كما لو استدخلت ذكرًا مبانًا، انتهى.

وفي كلام الرَّافِعِي في «التحليل»: ما يشير إلى ثبوتها بالذكر الأشل؛ حيث حكي عن الشيخ أبي محمد الاكتفاء به؛ لحصول صورة الوطء وأحكامه، قال: والمشهور: **المنع**؛ لعدم ذوق العسيلة، فافهم تسليم ثبوت الأحكام، وفي «الحاوي» عن الشيخ أبي حامد أنه إذا أدخله غير منتشر بيده أو بيدها لا يبيح ولا تتعلق به أحكام الوطء، ورده كما سيأتي، فيشبه أن يجري هنا في إيلاج الأشل واستدخاله وجهان، وأن يكون محلهما إذا لم يعترف بالإنزال.

ومنها: إذا أتى زوجته أو أمته في دبرها أو فعله في نكاح فاسد، وقلنا: لا حد، أو أتى أجنبية فيه بشبهة ظانًا أنه القبل ثبتت حرمة المصاهرة.

وقال الفوراني: إذا أتى زوجته في دبرها تعلق به هو مغلظ عليه في المهر، ووجوب الحد والعدة والمصاهرة في ظاهر المذهب، وهل تتعلق به حرمة المحرمية؟ فيه وجهان، ولا غيره بإتيان الذكر، وقال الأوزعي وأحمد: إذا لاط بغلامٍ حرمت عليه أمه وبنته.

ومنها: في آخر نكاح المتعة من «التهذيب»: لو زنا بامرأة، أو نكحها في العدة ووطئها وهو عالم بكونها معتدة، حدَّ ولا عدة عليها، فلو ادعى الجهل بالتحريم، لا يعذر إلا أن يكون حديث عهد بالإسلام، أو نشأ بموضع بعيد عن دار الإسلام، أو كان مجنونًا فأفاق، وزنا قبل أن يعلم الأحكام فيقبل قوله، ولا حد، وهل يثبت النسب ويجب المهر ويكون الولد حرًّا وإن كانت الموطوءة أمة؟

وجهان: أصحهما: الثبوت كما يسقط الحد، والثاني: لا وإنما يسقط الحد للشبهة، وكذا المجنون إذا زنا هل يثبت النسب؟ وجهان: الأصح ثبوته

وَلَيْسَتْ مُبَاشَرَةً بِشَهْوَةٍ كَوَطْءٍ فِي الْأَظْهَرِ ....

ووجوب العدة مبني على ثبوت النسب إن أثبتناه وجبت، وإلا فلا، انتهى.

قال: (**لا الْمَزْنِيِّ بِهَا**) أي: فلا تثبت بالزنا حرمة المصاهرة؛ لأن الله تعالى قرن بين النسب والصهر فقال: ﴿ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤] فلما انتفى عن الزنا حكم النسب انتفى عنه حكم المصاهرة، وقال الشَّافِعِي في «الأم»: إنه تعالى امتن على عباده بثبوت النسب والصهر بطريق أباحه، وشرعه، ورضي به، وهو النكاح، فلا يجوز أن تكون الحرمة التي امتن بها في شيء أراده، ودعا إليه في الزنا الذي فاعله عاصٍ لله تعالى، وأوجب عليه الحد والعقوبة في النار؛ إلا أن يعفو عنه، انتهى.

وقال ابن عبد البر في «الاستذكار» بعد نقله خلاف الناس في المسألة: وقد أجمع هؤلاء الفقهاء - أهل الفتوى بأمصار المسلمين -- أنه لا يحرم على الزاني نكاح المرأة التي زنا بها إذا استبرأها، فنكاح أمها وابنتها أحرى.

إشارة: قد يستثنى صورة زنا المجنون، ومن ذكرناه قريبًا عن الْبَغَوِي [من إطلاق المصنف] وغيره، ولننظر فيما لو أكره على الزنا، وقلنا بتصوره هل يكون وطئًا بشبهة يثبت المصاهرة الظاهرة؟ نعم، فإن أكرها معًا ثبت التحريم(١).

قال: (**وَلَيْسَتْ مُبَاشَرَةً بِشَهْوَةٍ**)؛ أي: كتقبيل ولمس ومفاخذة ونحوها (**كَوَطْءٍ فِي الْأَظْهَرِ**) هو ما رجحه الإمام وغيره؛ لأنه لا تثبت له أحكام الوطء، والثاني: أنه كالوطء؛ لأنه استمتاع يوجب الفدية على المحرم فكان كالوطء، ورجحه الْبَغَوِي والرُّويَانِي وصاحب «الكافي»، وهو قول أكثر أهل العلم، وقال الرَّافِعِي في أحكام إتيان الدبر: إنه قوي.

إشارات: موضع القولين في مباشرة [بشهوة](٢) أو نسب مباح، أما المباشرة المختص بتحريمها فلا تؤثر؛ كالزنا، وقوله: بشهوة، زادها على

---

(١) في نسخة: (من الجانبين وإلا ففيه ما سبق، والظاهر أنه لو أكره على وطء أمته أو زوجته ثبت التحريم).

(٢) في نسخة: (بشبهة).

وَلَوْ اخْتَلَطَتْ مَحْرَمٌ بِنِسْوَةٍ قَرْيَةٍ كَبِيرَةٍ نَكَحَ مِنْهُنَّ، لَا بِمَحْصُورَاتٍ، ....

«المحرر» ولا بد منها عند المعظم، قال الإمام: ومنهم من أرسل [ذكر] الملامسة ولم يقيد بالشهوة؛ فيجوز أن يقال: تكفي صورة الملامسة كما في نقض الطهارة، انتهى.

وإطلاق النص يوافقه، ولا أثر للنظر بالشهوة، وفيه قول ضعيف، ثم خصه بعضهم بالنظر إلى الفرج، وبعضهم لم يفرق، وعبارة الدارمي: إن نظر إلى زوجته وأمته من غير لمس لم تنتشر الحرمة، وإن لمس أو قَبّل فعلى قولين، وكذلك في الوطء دون الفرج، وإن كشف عنها للجماع، ولم يلمسها ولم يطأها فالأصح أنه ينتشر، وفي القديم ينتشر، فإن لمس بغير شهوة.

قال ابن المرزبان: لم ينتشر، خلافًا لأبي حنيفة، انتهى.

ويجوز أن يقال: لا حاجة إلى تقييد محل الخلاف بالمباشرة بغير الزنا كما قيدناه؛ بل نجعلهما كالوطء على قول مطلقًا؛ وإذا كانت كالوطء علم حكمها من حكمه؛ إذا كانت على صفته؛ فإن كانت بسبب فهي كهو بذلك السبب، وإن كانت بلا سبب ولا شبهة؛ فكما لو وطئ كذلك لا يؤثر على هذا القول، واعلم أن إطلاقهم يقتضي أنه لا فرق بين الصغيرة والكبيرة، ولم يقيدها ذلك لمن هي محل للاستمتاع، فيخرج منه أن مباشرة ابنة شهر بشهوة مثلًا على قولين، وهو بعيد؛ لأنها ليست محل شهوة.

قال: **(وَلَوْ اخْتَلَطَتْ مَحْرَمٌ بِنِسْوَةٍ قَرْيَةٍ كَبِيرَةٍ نَكَحَ مِنْهُنَّ، لَا بِمَحْصُورَاتٍ)** فيه صورتان: **الأولى**: إذا اختلطت المحرمة عليه بنسب، أو رضاع، أو صهر، أو لعان، أو بقي بنسوة بلد كبير؛ فالمعروف جواز النكاح منهن؛ لأنَّا لو منعناه؛ لتضرر بالسفر، ويحتمل أن يكون إلى مقصده، فلو منعناه لامتنع من الكل، قال الإمام: وهذا ظاهر إن عمَّ الالتباس، فلو أمكنه نكاح امرأة لا يتمارى فيها، فيحتمل أن يمتنع نكاح من يرتاب فيهن، والظاهر أنه لا حجر.

قلت: الظاهر أن مرادهم ما إذا جوز على كل واحدة منهن أنها المحرمة عليه، أما لو امتازت بصفة كسواد أو قطع أو جذم أو هرم أو صغر وغير ذلك، فلا ريب في نكاحه من ليست بتلك الصفة، وأما المتصفات بها؛ فإن كن

....

محصورات فكما لو اختلطت بنسوة قرية صغيرة، وإلا فله نكاح واحدة منهن.

تنبيهات: عبارة أكثر الأئمة: لو اختلطت المحرمة، وعن عبارة الشَّافِعِي والجرجاني: ولو اختلطت المحرمة بغيرها منع من التزويج بالجميع؛ للإشكال، ولم يدخل التحري فيها، سواء اختلطت بنسوة قرية قليلة العدد، أو بنساء بلد كبير، انتهى.

فقوله: «المحرمة» دخل فيه جميع المحرمات، وأما منعه من التزويج بالجميع في البلد الكبير فغريب، إلا أن يريد منعه استغراق الكل، وهو بعيد إذا قلنا بالمشهور، فهل له أن ينكح كلهن إلا واحدة أو إلى أن تبقى واحدة أو إلى أن تبقى جملة؟ لو كان الاختلاط بهن [لم] ينكح منهن، وجهان: أقيسهما الثاني، قاله الرُّويَانِي. ووقع في «الروضة» قبيل «باب الأواني» أنه لو اشتبه إناء بأواني بلد فله أخذ بعضها بلا اجتهاد، وبلا خلاف، وإلى أي حد ينتهي؟ وجهان: في «البحر» أصحهما: إلى أن يبقى واحد، والثاني: إلى أن يبقى قدر لو كان الاختلاط ابتداءً، منع الجواز، وهذا الترجيح للمصنف، فإنه نقل الوجهين في شرح «المهذب» عن «البحر» وقال: إنه لم يرجح شيئًا، وأن المختار الأول، والذي رأيته [في «البحر»] بعد ذكره الثاني، وهذا أوضح.

فإن قلت: لو اختلط جماعة كثيرة ممن يحرمن عليه بغير محصورات، فما الحكم؟

قلت: لم أر فيه نصًا، ويشبه أن يقال: لو فرضنا المشتبهات عشرين مثلًا، ولو قسمنا نساء البلدة الحلتين عشرين قسمًا؛ لصار كل قسم محصورًا، حرم النكاح منهن، وإن لم ينحصر فلا، كاختلاط الواحدة بمن لا ينحصر؛ وإن لم يعلم عدد المحرمات، ولا [أمكنه] الأخذ فيهن بالأحوط، فالظاهر الحظر، فتأمله، الثانية: إذا كن محصورات لم يجز أن ينكح واحدةً منهن احتياطًا للإبضاع مع انتفاء المشقة باجتنابهن، بخلاف الصورة الأولى، فلو خالف وفعل، لم يصح في الأصح لمنعنا له ذلك، والثاني: يصح؛ لأن سبب المنع فيها مشكوك فيه، وقد وجد النكاح ظاهرًا، فلا يحكم بفساده بالشك، وكلام الإمام والْغَزَالِي يفهم

....

أنه يجوز أن يعقد ابتداءً على وجه، وصرح به الإمام في «كتاب الرضاع».

إشارات:

منها: قال الإمام: العدد المحصور: هو ما يسهل على الآحاد عده، وغير المحصور: ما يعسر عليهم، وفي «الإحياء»: كل عدد لو اجتمع في صعيد عسر على الناظر عده بمجرد النظر؛ كالألف والألفين فغير محصور، وإن سهل كالعشرة والعشرين فمحصور، وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق أحدهما بالظن، وما وقع فيه الشك؛ فلتستفتِ فيه القلب.

قلت: ينبغي التحريم عند الشك عملًا بالأصل، وسبق [شيء] من الشروط أن تعلم أنها حلال له.

ومنها: قال شارحٌ وهو السبكي - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - بعد كلام «الإحياء»: ولو اختلطت بألفي امرأة، وعلمنا أنها غير خارجة منهن، وحصرن، فتحرير نكاح واحدة منهن صعب مع إمكان نكاح من سواهن بسهولة، فينبغي أن يحرم نكاح منهن، وليس هذا كما قاله الإمام، فإنه فرضه فيما إذا أفرد واحدة لا تتمارى فيها، وغيرها من نساء البلدة محتمل، فقصر إباحة نكاحه على تلك الواحدة صعب، بخلاف ما قلناه؛ فإنه لا يصعب قصر الحال على ما سوى ذلك العدد، انتهى. ولعل الإمام لم يقصد التقييد بالمفردة المعنية.

ومنها: لو اشتبه عليها من يحرم عليها نكاحه برجال بلد، وهو لا يعلم وهي لا تعرفه؛ فينبغي أن يكون الحكم في حقها كهو في حقه؛ بحيث مُنِعَ، مُنِعَت؛ وحيث جاز له التزوج، جاز لها.

ومنها: جزم المصنف تبعًا للمتولي وغيره بأنه لو رأى حيوانًا مذبوحًا، ولم يدر أذبحه مسلم أم مجوسي، حرم تناوله للشك في الإباحة، والأصل عدمها، انتهى.

وفي بيوع «البيان» قال الشيخ أبو حامد: إذا وجد شاةً مذبوحة في موضع يساوي فيه أهل الشرك الإسلام، لم يجز شراؤها، ولا أكلها، وإن وجد في

وَلَوْ طَرَأَ مُؤَبَّدُ تَحْرِيم عَلَى نِكَاحٍ قَطَعَهُ كَوَطْءِ زَوْجَةَ ابْنِهِ بِشُبْهَةٍ، وَيَحْرُمُ جَمْعُ الْمَرْأَةِ وَأُخْتِهَا أَوْ عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا ....

بلاد الإسلام في موضع أكثر أهله المسلمون جاز أكلها؛ لأنه يغلب على الظن أنها ذبيحة مسلم، انتهى.

وعبارة أبي حاتم القزويني في «تجريد التجريد» للمحاملي في باب اختلاف المتبايعين: ولو وجد شاةً مذبوحة ببلد به مسلمون ومجوس، لم يحل أكلها ما لم يتيقن الإباحة؛ إلا أن يغلب على الظن الإباحة؛ بأن يكون المسلمون في البلد أكثر فيحل اعتبارًا بالغالب، انتهى.

وقضية ما سبق عن الْمُتَوَلِّي وغيره الحظر فيما إذا اشتبهت المحرمة عليه بنساء البلد ما كان، وقضية كلام أبي حامد فيما يظهر النظر إلى الأغلب، وهو بعيد.

قال: (**وَلَوْ طَرَأَ مُؤَبَّدُ تَحْرِيم عَلَى نِكَاحٍ قَطَعَهُ كَوَطْءِ زَوْجَةَ ابْنِهِ بِشُبْهَةٍ**)؛ لأنه معنى يوجب تحريمًا مؤبدًا؛ فإذا طرأ على النكاح أبطله؛ كالرضاع، فكل ما منع الإبعاد في الابتداء يرفع النكاح في الدوام، فلو نكح امرأةً وابنُه ابنتها، وزفت كل واحدة إلى غير زوجها، فوطئها [غلط] حرمتا عليهما مؤبدًا، ولو وطئ أم امرأته أو ابنتها بشبهة، انفسخ نكاح امرأته.

إشارة: كتب الشيخ بخطه على لفظ «ابنه» [و«أبيه»] معًا، يعني: لك أن تقرأها بالنون وبالياء آخر الحروف.

قال: (**وَيَحْرُمُ جَمْعُ الْمَرْأَةِ وَأُخْتِهَا**) أي: ابتداءً ودوامًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] وهو إجماعٌ.

(**أَوْ عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا**) أي: ابتداءً ودوامًا؛ لقوله ﷺ: «**لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا**»[(١)] متفق عليه.

والمعتبر فيه: أداؤه إلى قطيعة الرحم، قال في «الأم»: ولا خلاف فيه، ولم يعبأ بخلاف عثمان البتي وغيره، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٣٢، رقم ١١٠٨)، والبخاري (٥/ ١٩٦٥، رقم ٤٨٢٠)، ومسلم (٢/ ١٠٢٨، رقم ١٤٠٨)، والنسائي (٦/ ٩٦، رقم ٣٢٨٨). والشافعي (١/ ٢٧٣).

مِنْ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ ....

ذلك، ولم يخالف فيه إلا من لا يعتد بخلافه من المبتدعة والرافضة.

قال: (**مِنْ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ**)؛ لما سبق، واعلم أنه ليس المراد بالعمة والخالة أخت الأب وأخت الأم فقط؛ بل يحرم الجمع بين المرأة وعمة أبيها، [وجدتها] وعمة أمها، وجدتها، [وبين المرأة وخالة أمها، وجدتها] وخالة أبيها، وأجدادها، وهل يكون ذلك بالاسم أو بالمعنى؟ فيه الخلاف السابق قاله الْمَاوَرْدِي.

إشارة: ضبط الأئمة تحريم الجمع بعبارات ذكرها الرَّافِعِي: **إحداها**: يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة، أو رضاع لو كانت إحداهما ذكرًا لم يتناكحا.

الثانية: [بين] كل امرأتين بينهما قرابة، أو رضاع يقتضي المحرمية.

الثالثة: [بين] كل امرأتين بينهما قرابة، أو رضاع، لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحرمت عليك، وقصدوا تقييد القرابة والرضاع؛ الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها، أو بين المرأة وزوجة ابنها، أو بين المرأة وبنت زوجها؛ فإن هذا الجمع غير محرم، وإن حرم النكاح؛ لو كانت إحداهما ذكرًا لأن ذلك بسبب المصاهرة، لا بسب بالقرابة، والمعنى في تحريم الجمع [بالرضاع صح لما فيه من قطيعة الرحم؛ للوحشة والمنافسة بين الضرتين، وليس في المصاهرة رحم حتى يفرض قطيعته.

ثم قال الرَّافِعِي: وقد يستغنى عن قيد القرابة والرضاع؛ بأن يقول: يحرم الجمع بين كل امرأتين أيهما قدرت ذكرًا [حرمت عليه الأخرى، فتخرج الصورتان المذكورتان؛ لأن أيهما قدرت ذكرًا] لا تحرم عليه الأخرى؛ لأن أم الزوج وإن كانت تحرم عليها زوجة الابن لو قدرت ذكرًا لا تحرم الأخرى؛ بل تكون أجنبية عنه، قاله في «الشرحين»، قيل: وصواب العبارة؛ لأنه ليس أيتهما قدرت ذكرًا تحرم عليه الأخرى، إذ المراد سلب العموم لا عكسه، كعبارة الرَّافِعِي.

فرع: يجوز الجمع بين بنت الرجل وربيبته، وبين المرأة وربيبة زوجها من

فَإِنْ جَمَعَ بِعَقْدٍ بَطَلَ، أَوْ مُرَتَّبًا فَالثَّانِي ....

غيرها، وبين أخت الرجل من أبيه وأخته من أمه، وبين المرأة وزوجة ابنها وزوجة أبيها، وأبدى الْبَغَوِي في «فتاويه» من عنده أنه لا يجوز الجمع بين المرأة وزوجة ابنها بالنون، وإن جاز بينها وبين زوجة أبيها، وهو غريب.

قال: (**فَإِنْ جَمَعَ بِعَقْدٍ بَطَلَ**)؛ أي: المنهي عنه في الآية والخبر.

(**أَوْ مُرَتَّبًا فَالثَّانِي**)؛ لأن الجمع به حصل هذا لو علمناه، أما لو لم نعلم عينه أصلًا فيبطلان، وإن علمناه ثم اشتبه توقفنا، كما في نكاح الوليين من اثنين، ذكره الْمَاوَرْدِي نقلًا، وابن الرِّفْعَة تفقهًا، قال الشَّافِعِي في «الأم»: لو تزوجهما لا يدري أيتهما أولى أفسدنا إنكاحهما، قال الْمَاوَرْدِي: وهل يقتصر بطلانه إلى فسخ الحاكم أم لا؟ على وجهين: وقد يؤخذ من النص أن له استئناف العقد على أيتهما شاء، وينبغي ألا يعقد على واحدة منهما؛ حتى يتلفظ بطلاق الأخرى؛ لاحتمال سبق عقدها فتكون زوجة باطنًا.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: إذا عقد على امرأة عقدًا فاسدًا، ثم تزوج عليها أختها، فإن علم بفساد الأول، صح الثاني، علم بأخوة الثانية أو لا، وإن لم يعلم بفساد العقد الأول، فإن لم يعلم بأخوة الثانية فالعقد صحيح؛ إذا لم يقترن به منع، وإن علم ذلك فعقد عليها مع اعتقاد صحة الأول فنكاحها باطل أيضًا اعتبارًا باعتقاده ظاهرًا.

قال في «البحر»: عندي أنه ينعقد نكاح الثانية بكل حال غايته أنه هزل بهذا العقد، وهزل النكاح جدٌّ للحديث، وزيف ما أبداه بما يطول ذكره [وفي تزييفه نظر]. وفي «شافي» الجرجاني، وإن تزوج من تحل له نكاحها وعنده أنها محرمة عليه؛ لعدة أو نسب أو لغير ذلك، فبان، أي: بخلاف ما ظنه، انعقد النكاح؛ لاعتقاده، وقد ذكر الْمُتَوَلِي وغيره، من شرائط العقد كونه عالمًا بأنها تحل له، والرُّويَانِي في «البحر» يوافق على ذلك كله، وقد قال في الفروع المنثورة قبيل باب الزنا: [لا يحرم، الخلاف، أما لو قلنا:][1] إن بينهما

(١) في نسخة: (أنهما لا يحرم الحلال لو ظنا).

وَمَنْ حَرُمَ جَمْعُهُمَا بِنِكَاحٍ حَرُمَ فِي الْوَطْءِ بِمِلْكٍ، لَا مِلْكُهُمَا فَإِنْ وَطِئَ وَاحِدَةً حَرُمَتْ الْأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ الْأُولَى ....

رضاعًا محرمًا، فعقد على ذلك، ثم بان ألا رضاع بينهما صح النكاح على ظاهر المذهب، وفيه وجه آخر أنه لا يصح [النكاح] ويشهد لترجيحه، ومخالفته للْمَاوَرْدِي أنه لو تزوج أمة أبيه ظانًا حياته فبان ميتًا، صح على الأظهر عند الشيخين وغيرهما.

قال: (**وَمَنْ حَرُمَ جَمْعُهُمَا بِنِكَاحٍ حَرُمَ فِي الْوَطْءِ بِمِلْكٍ**) أي: حرم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين؛ لأنه إذا حرم الجمع في النكاح؛ فلأن يحرم الوطء أولى؛ لأنه أقوى؛ لأن التحريم يثبت في فاسد الوطء عن شبهة، كما يثبت في صحيحه، وعقد النكاح بمجرده ليس كذلك، ولأن ذلك يؤدي إلى التباغض والتقاطع، كما يوجد بين الزوجات، قال الْمَاوَرْدِي: وتحريم ذلك يستفيض في الصحابة؛ كالإجماع.

وقال غيره: الآثار عن جمع من الصحابة ظاهرة في ذلك من غير أن يظهر خلاف فصار إجماعًا، وقال الشيخ في «شرح مسلم»: الوطء بملك اليمين كالنكاح حرام عند العلماء كافةً، وعند الشيعة مباح، انتهى.

ونقله في «الحاوي» عن داود، ورواية عن ابن عباس، وربما أضيف إلى عثمان، وعن الإمام أحمد: أنه سُئل عنه، فقال: لا أقول هو حرام؛ ولكن نهى عنه، والمشهور عندهم: التحريم، وروي عن علي التوقف في ذلك.

قال: (**لَا مِلْكُهُمَا**) أي: فيجوز الجمع بينهما في الملك بالإجماع؛ لأن الملك لا يتعين للوطء، ولهذا يجوز أن يشتري أخته ونحوها ممن تحرم عليه مؤبدًا.

قال: (**فَإِنْ وَطِئَ وَاحِدَةً**) أي: في قُبُل أو دُبُر طائعةً أو مكرهةً، أو طائعًا أو مكرهًا، عالمًا أو جاهلًا.

(**حَرُمَتْ الْأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ الْأُولَى**) أي: قطعًا، هذا هو المعروف، فلو وطئها فلا حدَّ قطعًا؛ لأن له طريقًا إلى حلِّها، بخلاف [ما لو وطئ] مملوكته

كَبَيْعٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ كِتَابَةٍ لَا حَيْضٍ وَإِحْرَامٍ، وَكَذَا رَهْنٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

المحرمة [فإنه يحد] على قول، ثم لا يؤثر وطؤها في إباحة الأولى؛ بل تبقى حلالًا كما كانت قبل وطء الثانية، وتحريم الثانية مستمر، هذا هو المذهب المنصوص في «الأم» و«المختصر».

وقال في «البويطي»: إذا كان عند الرجل أمتان أختان فَوَطِئَهُمَا جميعًا، قيل: لا يقربهما حتى يحرم فرج إحداهما، انتهى.

وهذا يقتضي إثبات قوله: إنه بوطء الثانية يحرمان جميعًا.

ولنا وجه مشهور: أنه إذا أحبل الثانية حلت له وحرمت الموطوءة أولًا، وكأن قائله رأى أنهما قد استويا، وترجح بالإحبال جانب الثانية؛ صيانةً للولد؛ لكنه خلاف قول الأصحاب، وصريح نص «الأم»، وجزم الفارقي بأنه إذا ظهر بالثانية حبلٌ حرمت عليه الأولى حتى تضع الثانية، فإذا وضعت عادت إباحة الأولى، وأقره صاحبه ابن أبي عصرون، وهو غريب.

تنبيهات: لو كانت إحداهما مجوسية أو وثنية ونحوهما فوطئهما، أو محرمًا له فوطئها بشبهة، كان له وطء الأخرى؛ لأن الموطوءة محرمة فلا يحتاج إلى تحريمها، ولا خفاء أنه لو ملك أمًّا وبنتها فوطئ إحداهما؛ أن الأخرى تحرم مؤبدًا، وإنما الكلام في الأختين والمرأة وعمتها أو خالتها ونحوهن.

قال: **(كَبَيْعٍ)** لإزالة الملك، ولا شك فيه إذا لزم، أما لو باع بشرط الخيار بحيث قلنا: يجوز وطئها للبائع فلا أثر له؛ لعدم التحريم، وحيث قلنا: لا يجوز له الوطء، فوجهان، وروى الإمام: القطع بالحِلِّ، ويكفي بيع بعضها، وهبة المقبوضة ووقفها.

قال: **(أَوْ نِكَاحٍ أَوْ كِتَابَةٍ)** أي: صحيحة؛ لأنهما إزالة حل.

(لَا حَيْضٍ وَإِحْرَامٍ) أي: وعدة شبهة وردة؛ لأنها أسباب عارضة لم تزل الملك والاستحقاق.

[قال:] **(وَكَذَا رَهْنٌ)** أي: مقبوض.

(فِي الْأَصَحِّ) لأنه لا يعد استقلالًا كالكتابة، ولا حلًا للغير كالتزويج،

وَلَوْ مَلَكَهَا ثُمَّ نَكَحَ أُخْتَهَا أَوْ عَكَسَ حَلَّتْ الْمَنْكُوحَةُ دُونَهَا.

ولا يزيل الحل بدليل [عدم] جوازه بإذن المرتهن، والثاني: الاكتفاء به كالكتابة، والظاهر: أنه إذا أبحنا له وطء المرهونة الصغيرة أو غيرها كما سبق، أنه لا أثر للرهن قطعًا.

واعلم أن الموجود في كتب المذهب المشهورة في الطريقتين أن الرهن لا يكفي، وذكر الإمام: أن الأئمة ترددوا فيه؛ فإن تحقق خلاف فيه، فهو غريب ضعيف، والمشهور الجزم بأنه لا يكتفي به، وقال القاضي أبو حامد: وغلط بعض أصحابنا، فقال: يُكتفى بقوله: حرمتها على نفسي؛ فتحرم عليه وتحل له الأخرى.

قلت: ولو أجَّرها للإرضاع، ومنعناه الوطء مدة الإجارة، فهل تكون كالمرهونة أو أنه يكفي ذلك ولا أثر له؟ لم أرَ فيه شيئًا، ثم إذا زالت هذه الأسباب المكتفى بها؛ فإن كان لم يطأ الأخرى؛ يخير في وطء أيتهما شاء، وإن كان وطئها لم يجز له وطء من زال تحريمها حتى تحرم الأخرى على نفسه؛ لأن الثانية في هذه الحالة كالأولى.

فرع: في اللمس والقُبْلَة والنظر بشهوة ونحوها من المباشرات، مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة، ذكره الرَّافِعِي وغيره.

إشارة: الظاهر أن في حكم تحريم الأولى على نفسه ببيع ونكاح ما لو حرمت عليه أبدًا لا بفعله، كما لو رضعت زوجته الصغيرة مثلًا، أو وطئها أصله أو فرعه بشبهة ونحو ذلك، ووقع في «شرح العيون» للشيخ أبي محمد أنه لا يكتفى بتحريم الرضاع والردة؛ بل لا بدَّ من التحريم بعقد من بيع، أو كتابة، أو تزويج، وما ذكره في الرضاع غريب جدًّا، والوجه خلافه.

قال: **(وَلَوْ مَلَكَهَا ثُمَّ نَكَحَ أُخْتَهَا، أَوْ عَكَسَ؛ حَلَّتْ الْمَنْكُوحَةُ دُونَهَا)** أي: سواء كان قد وطئ الأمة قبل النكاح، أم لا، ولا خفاء أن الأخت مثال لمن يحرم الجمع بينهما، وإنما كان الحكم ما ذكره؛ لأن فراش النكاح أقوى، ولذلك يلحقه الولد فيه وإن لم يقر بالوطء بخلاف الأمة، ولَا يُجَامِعُ النِّكَاحَ حلها لغيره إجماعًا، بخلاف الملك فدفع الأقوى الأضعف سواء تقدم أم تأخر.

وَلِلْعَبْدِ امْرَأَتَانِ. وَلِلْحُرِّ أَرْبَعٌ فَقَطْ، فَإِنْ نَكَحَ خَمْسًا مَعًا بَطَلْنَ ....

قال: **(وَلِلْعَبْدِ امْرَأَتَانِ)** روي ذلك عن عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف ﷺ قال البيهقي(١): ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة.

فرع: في الكتاب وأصله أن المعتق نصفه كالقنِّ، وتخيل جواز ثالثة له فاسد.

قال: **(وَلِلْحُرِّ أَرْبَعٌ فَقَطْ)**؛ لحديث غيلان أنه أسلم على عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: **«أمسك أربعًا وفارق سائرهن»**(٢) صححه ابن حبان، والحاكم.

قال الشَّافِعِي: دلت سُنة رسول الله ﷺ المبينة عن الله تعالى على تحريم أن يجمع أحد غير رسول الله ﷺ أكثر من أربع، وأشار إلى نقل الإجماع فيه جماعة منهم القاضي أبو الطيب قال: لا خلاف بين الأمة إلا ما يحكى عن القاسم بن إبراهيم، ومن يقتدي به من القاسمية، وقال غيره: والزيدية والشيعة، وحكي عن بعض الظاهرية، ولا اعتداد بذلك.

قال: **(فَإِنْ نَكَحَ خَمْسًا مَعًا بَطَلْنَ)** أي: كما لو عقد على أختين، نص عليه، واتفقوا عليه.

وفي «الذخائر» يبطل في واحدة، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة، وهذا من غلطاته.

---

(١) في السنن الكبرى (٧/ ١٥٨).

(٢) حديث الحارث بن قيس: أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٢، رقم ٢٢٤١)، والطحاوي (٣/ ٢٥٥)، والبغوي في معجم الصحابة (٢/ ٧٧، رقم ٤٦٠)، وقال: لا أعلم للحارث بن قيس حديثًا غير هذا. وابن قانع (٢/ ٣٥٣) والدارقطني (٣/ ٢٧٠) والبخاري في التاريخ الكبير (٢/ ٢٦٢)، وابن ماجه (١/ ٦٢٨، رقم ١٩٥٢)، وأبو يعلى (١٢/ ٢٩٠، رقم ٦٨٧٢)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٥/ ٢٠٧، رقم ٢٧٣٧)، والطبراني (١٨/ ٣٥٩، رقم ٩٢٢)، والبيهقي (٧/ ١٤٩، رقم ١٣٦٢٤).

حديث عبد الله بن عمر: أخرجه الطبراني (١٢/ ٣١٥، رقم ١٣٢٢١). وأحمد (٢/ ١٣، رقم ٤٦٠٩)، وأبو يعلى (٩/ ٣٢٥، رقم ٥٤٣٧)، قال الهيثمي (٤/ ٢٢٣): رواه أحمد، والبزار، وأبو يعلى، ورجال أحمد رجال الصحيح. والطبراني في الشاميين (٢/ ٢٣٤، رقم ١٢٤٩) وابن حبان (٩/ ٤٦٣، رقم ٤١٥٦)، والحاكم (٢/ ٢١٠، رقم٢٧٨٠).

أَوْ مُرَتَّبًا فَالْخَامِسَةُ. وَتَحِلُّ الْأُخْتُ، وَالْخَامِسَةُ فِي عِدَّةِ بَائِنٍ لَا رَجْعِيَّةٍ.

تنبيه: يستثنى من إطلاق المصنف ما لو كان فيهن من يحرم الجمع بينهما كأختين؛ فإنه يبطل فيهما، ويصح في الباقي على الأظهر، وقيل: قطعًا، وفي معنى الأختين ما لو كان فيهن من لا تحل له؛ كمحرم وملاعنة، أو وثنية، أو مجوسية، فالقياس البطلان فيها قطعًا، والصحة في الباقي على الأصح، وكذا الحكم لو كان فيهن أمة وهو لا يخاف العنت، فإن كان ممن يباح له الأمة بطل في الجميع، قاله القاضي أبو الطيب في «المجرد»، ولو نكح سبعًا فيهن أختان بطل في الكل، أو ثلاث أخوات بطل فيهن فقط في الأظهر، ولو نكح أربعًا أختين وأختين ونحو ذلك بطل في الجميع، والثلاث للعبد كالخمس للحر فيما ذكرناه.

قال: (**أَوْ مُرَتَّبًا فَالْخَامِسَةُ**)؛ لزيادتها على العدد الشرعي، فإن وطئها ومثله يجوز أن يجهله؛ فلا حد، وإن علم فوجهان، ووطء إحدى الخمس المعقود عليهن دفعة كوطء الخامسة، قاله الدارمي.

قال: (**وَتَحِلُّ الْأُخْتُ، وَالْخَامِسَةُ فِي عِدَّةِ بَائِنٍ**)؛ لأنها أجنبية بارتفاع النكاح وزوال العصمة.

(**لَا رَجْعِيَّةٍ**) أي: لأنها في حكم الزوجات، وفي معناها المتخلفة عن الإسلام والمرتدة بعد الدخول بهما ما بقيت العدة.

فرع: ادعى أن الرجعية أخبرته بانقضاء عدتها واحتمل ذلك، حل له نكاح أختها، نص عليه في «الإملاء» وتبعه الأكثرون، خلافًا للحليمي، قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: وفي معنى دعواها إخبارها أن يقول: إن علمت ذلك، أو أخبرتني عنها امرأة ثقة، أو من أثق به.

فائدة: نقل الرَّافِعِي مذهب الْحَلِيمِي عن الْقَفَّالُ، ويتعين حمله على الْقَفَّال الشَّاشِي، أما الْقَفَّال المروزي فالذي ذكره ما ذكرته وتوسع في ذلك فقال: لا يحتاج أن يقول إنها أخبرته عندي؛ بل ذلك مذهب أبي حنيفة، أما عندنا ذكر ما قدمته، قال جامع «الفتاوى» في موضع آخر: فقلت للشيخ - يعني الْقَفَّال -: أرأيت لو قال الزوج في اليوم الثاني من طلاقها: أنا رأيتها قد أسقطت سقطًا،

وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرُّ ثَلَاثًا أَوْ الْعَبْدُ طَلْقَتَيْنِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ، وَتَغِيبَ بِقُبُلِهَا حَشَفَتُهُ أَوْ قَدْرُهَا، بِشَرْطِ الِانْتِشَارِ، ....

وكذبته واحتمل ما قال؟ قال: يحل له أن ينكح أختها وأربعًا سواها.

قال: (**وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرُّ ثَلَاثًا أَوْ الْعَبْدُ طَلْقَتَيْنِ**) أي: قبل الدخول أو بعده، وهو مزاد في بعض النسخ، تبعًا «للمحرر».

(**لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ**) أي: غيره.

(**وَتَغِيبَ بِقُبُلِهَا حَشَفَتُهُ أَوْ قَدْرُهَا**) أي: ومن فاقدها على المذهب، ثم يطلقها وتنقضي عدتها منه، كما صرح به «المحرر»، أما في الحر؛ فلقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، أي: ويطأها كما بينته السُّنة الثابتة في «الصحيحين» وغيرهما من حديث رفاعة من قوله ﷺ للمرأة بعد أن أخبرته أنه بت طلاقها، وتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير، وهي معه مثل هدبة الثوب، فقال ﷺ: «**أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك**»(١) والمراد بالعسيلة: الوطء تشبيهًا بالعسل.

وروى الإمام أحمد، والنسائي مرفوعًا، أنه ﷺ قال: «**العسيلة: الجماع**»(٢) واعتبره بعض السلف وهو الحسن البصري: الإنزال، واكتفى سعيد بن المسيب، قيل: وسعيد بن جبير بالاكتفاء بالعقد الصحيح لا يبغى به إحلالًا، وكلاهما شاذ مردود بالسُّنة، وأما في العبد فلأنه استوفى ما يملكه من الخلاف(٣) فأشبه الحر.

قال: (**بِشَرْطِ: الِانْتِشَارِ**) أي: بالفعل، وإن قل لا بالصلاحية، فلو أولج بلا انتشار أصلًا لم تحل على الأصح، وإن كان الذكر سليمًا، هذا ما يعتقد رجحانه مذهبًا ودليلًا، وحكى الإمام عن العراقيين خلافه، وفيه نظر، وقول

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٦٠)، ومسلم (١٤٣٣).

(٢) أخرجه أبو نعيم في الحلية (٩/ ٢٢٦) وأحمد (٦/ ٦٢، رقم ٢٤٣٧٦)، وأبو يعلى (٨/ ٢٩٠، رقم ٤٨٨١)، قال الهيثمي (٤/ ٣٤١): فيه أبو عبد الملك المكي، ولم أعرفه بغير هذا الحديث، وبقية رجاله رجال الصحيح. والدارقطني (٣/ ٢٥١)، والديلمي (٣/ ٨٤، رقم ٤٢٣٦).

(٣) في نسخة: (الطلاق).

وَصِحَّةِ النِّكَاحِ، وَكَوْنِهِ مِمَّنْ يُمْكِنُ جِمَاعُهُ لَا طِفْلًا عَلَى الْمَذْهَبِ فِيهِنَّ، ....

شارح: إن الانتشار بالفعل لم يقل به أحد ممنوع، وفي وجه ثالث: يكفي إيلاج الذَّكر الأشل والعنين المأيوس النـزو ليس بشيء.

فإن قلت: ذكر الرَّافِعِي وغيره أنها لو استدخلت ذكره وهو نائم كفى.

قلتُ: يحمل على ما إذا كان منتشرًا، أو هو مفرع على عدم اشتراط الانتشار، وإلا فمن اعتبره في حال يقظته ففي حال نومه أولى بلا شك.

قال: (**وَصِحَّةِ النِّكَاحِ**) أي: فلا يحل النكاح الفاسد كما لا يحصل به التحصين؛ ولأن إطلاق النكاح ينصرف إلى الصحيح.

قال: (**وَكَوْنِهِ مِمَّنْ يُمْكِنُ جِمَاعُهُ**) أي: حرًا كان أو عبدًا، عاقلًا أو مجنونًا، مسلمًا أو غيره.

(**لَا طِفْلًا**) لعدم العبرة به.

(**عَلَى الْمَذْهَبِ فِيهِنَّ**) أي: في شرط الانتشار وما بعده، وكلامه يفهم أن في كل واحدة من هذه المسائل طريقان أو أكثر، وليس كذلك وكان قضية إصلاحه أن يقول: شرط صحة النكاح على الأظهر أو المذهب، ويشترط الانتشار على الأصح، وكونه ممن يمكن جماعه لا طفلًا على الصحيح، أو على النص.

واعلم أن اقتصاره على ذكر الطفل يفهم أنه لا يشترط في الزوجية؛ بل وطؤها يحلها، وإن كانت طفلة لا يمكن جماعها عادةً؛ ولهذا قال في «الروضة»: إن وطء الصغيرة يحلها قطعًا، وقيل: في التي لا تشتهى وجهان، كتحليل الصبي، وفيما أفهمه «المنهاج» وصرحت به «الروضة» نظر؛ بل المذهب المنصوص في «الأم» أن وطء الطفلة لا يحلها كوطء الطفل، وقضية كلام كثير من العراقيين يقتضي أنه لا بدَّ من كون الصبي مراهقًا، وهو ظاهر النص؛ حيث قال هاهنا: وإن كان غير مراهق لم يحلها جماعة؛ لأنه لا يقع موقع جماع الكبير، ولا يجوز أن يقال غير هذا، وإن كان الزوج صبيًّا فكان جماعه يقع موقع جماع الكبير [بأن يكون مراهقًا] يغيب ذلك منه في ذلك منها أحلها.

....

قال الشَّافِعِي: وسواء في ذلك كل زوج جائز النكاح وكل زوجة حرة ومملوكة، وذمية؛ إذا كان يجامع مثلها هذا نصه بحروفه في «الأم»، ولم يقل الرَّافِعِي ما في «الروضة»؛ بل حكى عن الإمام أنه قاس وطء الصبي الصغير على وطء الصغيرة، وعن غيره إجراء الوجهين فيهما.

وقال في «شرحه الصغير» بعد ذكر الوجهين في الطفل: وأجريا في وطء الصبية إذا لم تبلغ حد التشهي ولم يزد، وكيف كان فالنص قاطع للنزاع!

وأحسن في «الذخائر» فجزم في الطفلة بالمنع مقتصرًا عليه، وحينئذٍ في تسوية الرَّافِعِي وغيره بين المراهق ومن يتأتى منه الجماع وإن لم يراهق وقفة، وضبط بعضهم الممكن جماعه بابن سبع؛ كأنه يشير إلى أنه يكفي كونه مميزًا ولا يكفي من دونه.

تنبيهات تتعلق بالمسألة ولفظ المصنف، وفيها بعض تكرار:

أحدها: قوله: «**حتى تنكح**» يعرفك أنها لو كانت أمة فوطئها سيدها بعد استبرائها، لم يحلها للزوج، ولا نعلم فيه خلافًا، إلا ما روي عن الزبير وزيد بن ثابت وابن عباس ﵃: أنها تحل، وأنه لو اشتراها المطلق لم تحل له خلافًا لعطاء وبعض أصحابنا، وأنها تحل بوطء كل زوج في نكاح صحيح كما سبق، وظن ابن الرِّفْعَة أن قولهم: ذمي قيد، وليس بقيد، وقالا تبعًا للبغوي والفوراني: ويشترط في وطء الذمي أن يقع في وقت لو ترافعوا إلينا لقررناهم على ذلك النكاح، ولم يتعرض الجمهور لهذا الشرط، وهل إطلاقهم محمول على ذلك أو يجري على إطلاقه؟ فيه نظر! ولا يبعد القول بالإطلاق؛ لأنَّا نحكم بصحة أنكحتهم، مع مقارنة المفسد؛ فيكون الوطء قد حصل في نكاح صحيح فيحلل.

ثانيها: (تغيب بقبلها) احترز عن الوطء في الدبر، فإنه لا أثر له هنا، وقوله: (حشفته) أي: سواء أولج هو وأنزلت عليه في يقظته، أو منامه أو أولج فيها وهي نائمة، وفي النفس منه شيء، فإن من الإحساس له لا يذوق العسيلة،

....

وقد أشار الحديث: إلى اعتبار ذوقها منهما، واعلم أني لم أر مسألة النائم في كلام من اشترط الانتشار، وإذا كان الإيلاج في اليقظة بلا انتشار لا يكفي فأولى ألا يكفي استدخال ذكر النائم ونحوه مع عدم الانتشار، وأما أن ينزل ذلك على ما إذا كان [حالة النوم ونحوه هناك انتشار](١) فيكون الغرض بذكر النوم أنه لا يعتبر الشعور إذا وقع على وجه يكتفي به في اليقظة.

ثالثها: قوله: (أو قدرها) يعني: من فاقدها، قال الإمام: والمعتبر قدر الحشفة التي كانت لهذا العضو المخصوص، وقيل: إن جميع الباقي من مقطوعها كالحشفة لا بدَّ مِنْ تَغْيِيبِهِ، قال القاضي أبو الطيب: وهو ظاهر النص، وفي موضع في «المذهب»: أنه ظاهر المذهب، وإن كان الباقي دون الحشفة لم يحلل وفاقًا.

رابعها: لا فرق عند الجمهور بين البكر والثيب، وقال الْبَغَوِي، وغيره: لا بدَّ من إزالة البكارة بآلته وفي النص شاهد له، قال ابن الرِّفْعَة: لكنه ليس يجري على إطلاقه؛ بل محمول على أن ذلك في الغالب يحصل بتغيب الحشفة.

قلت: وإنما تَغِيبُ الْحَشَفَةُ وَلَا تَزُولُ الْبَكَارَةُ فِي الْغَوْرَاءِ، كما أشرت إليه فيما سبق؛ فيحصل التحليل، وإن لم تزل البكارة بكون عذريتها باطنة؛ بحيث تغيب الحشفة ولا يحصل الافتضاض، وقال في كتاب الطلاق: الذي فهمته من كلام الشَّافِعِي وتعليله أنه لا فرق بين الثيب والبكر، وكذا قاله الأصحاب هنا.

وقال الْمَاوَرْدِي هنا: إن التقاء الختانين شرط في الإباحة، ولا يحصل بدون الافتضاض، انتهى. وهذا في الغالب بخلاف الغوراء.

خامسها: لو لف على ذكره خرقة وأولج حلل على أصح الأوجه، وهو قضية كلام المصنف وغيره، وسيأتي بيانها في الجنايات إن شاء الله تعالى.

سادسها: قوله: **(بشرط الانتشار)** قد بينا ما فيه، ولا يعتبر بمن يفهم من كلام الرَّافِعِي غير ما ذكرناه، فإن من أحاط بمجموع كلامه علمًا وفهمًا توقف،

(١) في نسخة: (حالة النوم منتشرًا).

....

ولا بقول ابن الرِّفْعَة في «المطلب المشهور»: إن إدخال الذكر السليم غير منتشر يحلل، وإنما الخلاف في الذكر العنين والأشل؛ فليس كما ادعاه، وإن أفهمه إيراد الرَّافِعِي، وأصله قول الإمام: إذا كان يتوقع منه الانتشار؛ ولكن صادف الإدخال والاستدخال فتور أو عنة، فالذي أطلقه الأصحاب أن هذا يحصل به التحليل، وليس كما قال على ما اقتضاه كلام خلائق من العراقيين وصاحب «البيان» و«المهذب» وغيرهم، قال في المذهب: ولو أولج الحشفة من غير انتشار، لم يحل لتعلق الحكم بذوق العسيلة، وذلك لا يحصل من غير انتشار [وقال ابن أبي عصرون في «تنبيهه»: وأدنى ما يحل به أن تغيب الحشفة في فرجها مع الانتشار].

وقال الرَّافِعِي: ولا فرق بين أن يكون قوي الانتشار أو ضعيفه فاستعان بإصبعه أو إصبعها، أما إذا لم يكن له انتشار أصلًا؛ إما لعنة أو شلل في الذكر، فعن الشيخ أبي محمد وغيره الاكتفاء به لحصول صورة الوطء وأحكامه، والمشهور في كتب الأصحاب المنع لعدم ذوق العسيلة، انتهى.

وكلامه هذا يفهم أنه إذا لم يحصل انتشار أصلًا؛ لعنة عرضت حال الإدخال أو كانت قديمة؛ لا يحصل التحليل لما ذكره من عدم ذوق العسيلة، وحينئذٍ يكون مخالفًا لكلام الإمام؛ فإنه نقل في هذه الحالة عن الأصحاب الاكتفاء بذلك، ويكون موافقًا لاعتبار الانتشار حالة الإيلاج، كما هو قضية كلام الشيخ أبي حامد ومن تابعه، ولعل هذا مراد الرَّافِعِي، وكذلك عبر في «المحرر» بما يقتضي أنه لا بدَّ من الانتشار، وتبعه «المنهاج»، ويرسخ ذلك قوله في «الشرحين» بعد حكمه بأن الأصح أن وطء الصبي الذي لا يتأتى منه الجماع لا يحلها: وهما كالوجهين في اشتراط الانتشار، أو هما هما.

سابعها: نقل في «الروضة» عن الإمام أنه نقل اتفاق الأصحاب على أن وطء الطفل الذي لا يتأتى منه الوطء لا يحلل، وفي أصل كلام الرَّافِعِي أن الإمام قد نقل اتفاق الأئمة أن وطء الصبي يحلل، فحذفه من «الروضة»، ونقل عكسه في زيادة له، والإمام ذكر ذلك في موضعين، فنقل في «باب المتعة»

....

اتفاقهم على الاكتفاء بوطء الصبي، وقال هاهنا: إذا كان صبي لا يتصور من مثله الانتشار كابن أيام فقد أطلقوا أنه لا يفيد، ومراده بما ذكره أولًا من يتأتى منه الجماع، وبالتالي من لا يتصور منه فلا تعارض كما ظنه ظان.

ثامنها: لو وطئها في حال ردته، ثم عاد إلى الإسلام لم يحل، نص عليه، وقطع به الجمهور، بخلاف ما لو وطئها وهي صائمة أو محرمة أو حائض؛ فإنه يحللها عندنا خلافًا لمالك، وكذا لو وطئها أجنبية، نعم لو أصابها في عدة شبهة عرضت من غيره، قال القاضي الحسين: إن قلنا: الوطء في النكاح الفاسد يحلها، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان: ورجح الرَّافِعِي الحل، ولو وطئها في عدة الرجعة، ثم راجعها لم تحل، ويتصور ذلك -أعني: صورة الردة وغيرها- حيث يوجب عليها العدة، باستدخال المني وغيره، كما سيأتي بيانه، وكذا فيما إذا وطئها في الدبر، وقال ابن القاص في المرتدة: إذا جمعهما الإسلام في العدة حلت بالوطء الواقع في الردة، وجرى عليه الْقَفَّال في شرحه.

فرع مهم: لو قالت المطلقة ثلاثًا: نكحت زوجًا آخر ووطئني وفارقني وانقضت عدتي، قبل قولها عند الاحتمال، وإن أنكر الزوج الثاني الوطء، وصدق في أنه يلزمه إلا نصف المهر؛ وذلك لأنها مؤتمنة على انقضاء العدة، والوطء يتعذر إقامة البينة عليه، ثم إن غلب على ظنه صدقها فله نكاحها بلا كراهة، وإن لم يغلب ذلك على ظنه؛ فالأولى ألا ينكحها، وإن كذبها لم يكن له نكاحها، فإن قال بعد ذلك: تبيَّنت صدقها، فله نكاحها، هذا كلام الرَّافِعِي.

قال شارح: وكله صحيح إلا دعواها الفراق، كيف يقبل قولها فيه وقد أقرت بالزوجية؟، ولو كان فرض المسألة فيما إذا أقرت بزوج غير معين، احتمل؛ لأنه لم يثبت عليها حق الغير؛ لكن قول الرَّافِعِي: وإن إنكار الزوج الثاني الذي عينته يدل على أن فرض المسألة في المعين، ولا شك أن الثاني الذي عينته لو قال: لم أطلق، كان القول قوله، وأطال القول في ذلك بما ذكرته في «الغنية»، ومراد الرَّافِعِي بقوله: إن أنكر الزوج الثاني إلى آخره، أي: أنكر الإصابة مع اعترافه بالطلاق، وإنما يسكت عليه لوضوحه، ولفظ نص

....

«البويطي»: فادعت أنه أصابها فأنكر الزوج؛ أحلها ذلك، ولم يؤخذ الذي أنكر إلا بنصف الصداق، وهكذا لو لم يعلم المطلق ثلاثًا أنها نكحت[وذكرت أنها نكحت] نكاحًا صحيحًا وأصيبت وصدقها؛ حلت له لأنها لو جاءت بولدٍ في مدة يمكن ذلك منه لحق بالزوج، انتهى.

قال في «الروضة»: قلت: جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها لم تحل له، وتابعه الْغَزَالِي على هذا، وهو غلط عند الأصحاب، وقد نقل الإمام الاتفاق على أنها تحل، وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكنًا، قال: وهذا الذي قاله الفوراني غلط، وهو من عثرات الكتاب، ولعل الرَّافِعِي لم يحك هذا الوجه لشدة ضعفه، ولقول الإمام: إنه غلط، انتهى.

وهذه مبالغة منه، ومن الإمام كعاداته، ولم يغلط الفوراني - رَحِمَهُ اللَّهُ - وقد نقل ذلك رفيقه القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» عن شيخهما الْقَفَّال، وذكر الْقَفَّال مستدلًا به ولم ينازعه القاضي فيه على أن كتابه هذا موضوع لمباحثة شيخه الْقَفَّال ومحادثته له أطراف الأدلة وتنقيح المسائل [ويعضده] ما ذكره [صاحب] «المستعمل».

قال: يعني الشَّافِعِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وإذا طلقها ثلاثًا وانقضت عدتها منه، ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها، ثم طلقها أو مات عنها، وانقضت عدتها منه، ولم يقع في قلبه أنها كاذبة، فله أن يتزوجها، هذا لفظه في آخر كتاب الرجعة، وفي كتاب المسافر أيضًا، وهذا مفهوم قوله في «البويطي»: وصدقها، وليس مراده ـ والله أعلم ـ أنه صدقها باللفظ، هذا من حيث النقل، وأما من حيث المعنى فظاهر إذ معظم الأحكام مبنية على الظنون الراجحة، والأصل في الإبضاع التحريم وعدم وقوع ما ادعته، ولا يعدم الفقيه لهذا نظائر كثيرة، وهل على الزوج البحث عن الحال؟

قال أبو إسحاق المروزي: يستحب، وقال الرُّويَانِي: يجب في هذا الزمان، وفي «الذخائر» احتمال في وجوب إقامة البينة على التزوج عند الإمكان، كما تقدم في «الوديعة» على السبب، وهو حسن، وسبق عن الدبيلي

وَلَوْ نَكَحَ بِشَرْطِ إِذَا وَطِئَ طَلَّقَ أَوْ بَانَتْ أَوْ فَلَا نِكَاحَ بَطَلَ، وَفِي التَّطْلِيقِ قَوْلٌ.

وغيره أن البلدية تفتقر في إجابة القاضي لها إلى تزويجها؛ إذا ادعت طلاق زوج بالبلد إلى البينة بخلاف الغريبة، وهو ظاهر، والكلام هنا فيما إذا كان الحال فيما بينهما، وبين الزوج، وعن إبراهيم المروزي: أنه لو كذبها [الزوج] والولي، والشهود -يعني: في التزويج- لم تحل على الأصح، وهو الوجه والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ بِشَرْطِ إِذَا وَطِئَ طَلَّقَ، أَوْ بَانَتْ، أَوْ فَلَا نِكَاحَ بَطَلَ، وَفِي التَّطْلِيقِ قَوْلٌ**) فيه مسألتين:

الأولى: إذا نكح بشرط أنه إذا وطئ بانت منه، أو على أنه لا نكاح بينهما بعد ذلك، لم يصح النكاح؛ لأنه نكاح معينًا بأجل مجهول، وهو ضرب من نكاح المتعة كما قاله الشَّافِعِي؛ بل أولى بالبطلان منه إذا عينت مدة، أعني: مدة المتعة «**وقد لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له**»[1] قال الترمذي: حسن صحيح، وإذا أجزئ الوطء [في هذا النكاح كان وطئًا في نكاح فاسد، فلا يحلل على الصحيح المنصوص.

الثانية: إذا نكحها بشرط أن يطلقها إذا وطئها، فقولان، قال الرَّافِعِي: أصحهما البطلان، وقال الإمام: إنه ظاهر المذهب، وقال الْمَاوَرْدِي: إنه الجديد الصحيح؛ لأنه شرط يمنع دوام النكاح فأشبه التأقيت.

والثاني: يصح، ويفسد الشرط؛ كما لو نكحها بشرط ألا يتزوج عليها أو لا يسافر بها؛ فإن قلنا بالفساد فحكمه ما سبق، وإن صححنا فسد المسمى؛ لفساد الشرط، ووجب مهر المثل، وحصل التحليل بالإصابة فيه.

تتمات وفروع: **أولها**: نسب الْمَاوَرْدِي والشيخ أبو حامد والمحاملي في «التجريد» قول البطلان إلى الجديد، وقال ابن الصباغ: وسليم في «المجرد» قال في سائر كتبه: يصح؛ وقال في القديم: و«الإملاء»: لا يصح، وقال الْمُتَوَلِّي في عامة كتبه: يصح، وفي «القديم»: لا يصح، وجعل الإمام قول

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٤٢٧، رقم ١١١٩).

....

الصحة غريبًا، وهذا تفاوت فاحش، والأشبه أن الصحيح ما نقله أبو حامد وغيره، وأن ما في «الشامل»، و«مجرد» سليم [و«التتمة»] سهو.

ثانيها: قضية كلام الأئمة أنه لا فرق بين كون شرط الطلاق من جهة الولي أو الزوج، وقال الْمَاوَرْدِي في كتاب الصداق بعد نقله عن الربيع: إنه إذا شرط ألا يدخل عليها؛ يشبه أنه إن كان من جهة الزوج صح النكاح؛ لأن له الامتناع من الدخول بغير شرط، وإن كان من جهتها بطل، وعلى هذا التقدير لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر، فإن كان الشرط من جهة الزوج صح العقد، وإن كان من جهتها بطل، انتهى. وسنعيد المسألة هناك.

ثالثها: اعلم أن قوله: إنه إذا شرط ألا يسافر بها لغا الشرط، وهو المشهور، وفي «جامع الترمذي»: أن عمر رضي الله عنه قال: إذا تزوج الرجل امرأةً، وشرط لها ألا يخرجها من مصرها، فليس له أن يخرجها، قال: وبه يقول الشَّافِعِي وأحمد، انتهى. وهو غريب عن الشَّافِعِي.

وأما إذا شرط ألا يتزوج؛ فالمعروف ما سبق، وقال ابن المنذر في «الإشراف»: قال الشَّافِعِي: إن كان انتقصها بالشرط شيئًا من مهر مثلها فلها مهر مثلها، هذا لفظه، وسيأتي الكلام عليه هناك.

رابعها: قال في «الإفصاح» و«الانتصار»: وإن تزوجها على أن يحلها لزوجها الأول؛ فهو نكاح باطل، وفي «الحاوي»: هذا الشرط مكروه، والعقد معه صحيح؛ لأنه لم يشرط عليه الفرقة؛ بل شرط يقتضي العقد، وإنما يبطل إذا شرط أن يحلها، فإذا أحلها فلا نكاح بينهما، وهكذا صور البطلان في هذه الصورة صاحب «المهذب» وغيره، والظاهر أنه مراد صاحب «الإفصاح»، وفسر ابن أبي هريرة نكاح المحلل؛ فإن تزوج على أن يحلها للأول وطلقها فيه بطل النكاح؛ إذا شرط ذلك في أصل العقد، وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: وأما إذا قال: تزوجتك على أني إذا حللتك فلا نكاح بيني وبينك، فهذا لا يصح، قال الشَّافِعِي: وهو ضرب من نكاح المتعة، وقال المحاملي في «المقنع»: إذا شرط فيه أن يتزوجها؛ على أنه إذا أحلها للأول، لم يكن بينهما

فَصْلٌ

لَا يَنْكِحُ مَنْ يَمْلِكُهَا أَوْ بَعْضَهَا، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا بَطَلَ نِكَاحُهُ، وَلَا تَنْكِحُ مَنْ تَمْلِكُهُ أَوْ بَعْضَهُ . ...

نكاح؛ فهذا أفسد من نكاح المتعة، انتهى.

وقال الدارمي: إذا قال: على أن أحلل للزوج، فعلى وجهين، والخلاف خارج ما قدمناه وما ذكره الْمَاوَرْدِي أولًا ظاهر من حيث دلالة اللفظ؛ لكن المفهوم من ذلك عرفًا التأقيت، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ هنا عن البصريين ما يقتضي أن الموطئ محلل، فيما إذا نكح على أن يحلها للأول، فإذا أحلها فلا نكاح، وإن قلنا: إن الوطء في النكاح الفاسد لا يحل، تمسكًا بتسميته في الحديث «محللًا»، وهذا غريب ضعيف.

خامسها: قال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: [الشرط] المفسد إذا تقدم العقد ولم يقارنه أو أضمره الزوجان، ولم يذكراه، لم يؤثر؛ ولكنه يكره.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وهكذا في البيع، وذكر جماعة هنا قولًا مخرجًا من مسألة السر والعلانية أن الشرط المتقدم كالمقارن، وكلام القاضي الحسين يقتضي اختصاصه بمجلس العقد؛ حيث قال: وفيه [قول] مخرج إنه فاسد، وأن المواطأة [تنزل منزلة الشرط] في العقد، والفساد بالشرط المتقدم وبإضماره، نقله في «الشامل» عن مالك والليث وأحمد وغيرهم، وذكر الشَّافِعِي في «الأم» الكراهة في المواطأة السابقة، ولم يذكرها في الإضمار، فأشعر بالفرق بينهما.

قال:

(فصل:

لَا يَنْكِحُ مَنْ يَمْلِكُهَا أَوْ بَعْضَهَا، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا بَطَلَ نِكَاحُهُ، وَلَا تَنْكِحُ مَنْ تَمْلِكُهُ أَوْ بَعْضَهُ) ملك أحد الزوجين أو بعضه ينافي النكاح، وفيه صور:

إحداها: ليس له نكاح من يملكها أو بعضها؛ لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح؛ لأنه يملك الرقبة والمنفعة، ولا يملك بالنكاح إلا نوع من

وَلَا الْحُرُّ أَمَةَ غَيْرِهِ إِلَّا بِشُرُوطٍ: أَلَا يَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ تَصْلُحُ لِلِاسْتِمْتَاعِ، قِيلَ: وَلَا غَيْرُ صَالِحَةٍ، ....

الانتفاع فسقط الأضعف بالأقوى.

الثانية: إذا طرأ الملك على النكاح فسخه، سواء طرأ في كلها أو بعضها، فإذا ملك زوجته أو بعضها انفسخ نكاحه؛ لما تقدم، وكما ليس له نكاح أمته ليس له نكاح أمة ولده ولا مكاتبته؛ حيث جاز له نكاح الأمة؛ لأنه في معنى ملكه، نعم لو طرأ ملك أحدهما على زوجة الأب أو السيد، فسيأتي ذكره.

الثالثة: ليس للمرأة أن تنكح عبدها أو من تملك بعضه؛ لأن أحكام الملك والنكاح تتنافى؛ لأن لها مطالبته بالسفر إلى جهة بحكم الملك، وهو يطالبها إلى جهة غيرها بحكم النكاح؛ وكذلك كلما دعاها إلى فراشه دعته إلى عمل شغل لها فيفوت المقصود، وإذا تعذر الجمع بينهما دفع الأقوى الأضعف، كما تقدم.

قال: (**وَلَا الْحُرُّ أَمَةَ غَيْرِهِ إِلَّا بِشُرُوطٍ**) أصل الباب، قوله تعالى: ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ**﴾ [النساء: ٢٥].

قال: (**أَنْ لَا يَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ تَصْلُحُ لِلِاسْتِمْتَاعِ**) أي: ولو كانت على الصحيح، وفسر في «الروضة» غير الصالحة؛ بأن تكون صغيرة، أو هرمة، أو غائبة، أو مجنونة، أو مجذومة، أو برصاء، أو رتقاء، أومضناة لا تحتمل الجماع؛ لأن وجود من لا تصلح كالعدم.

قال: (**قِيلَ: وَلَا غَيْرُ صَالِحَةٍ**)؛ لما رُوي عن الحسن مرسلًا، أنه ﷺ نهى أن تنكح الأمة على الحرة، قال البيهقي (٧/ ١٧٥): هو مرسل؛ لكنه في معنى الكتاب، ومعه قول جماعة من الصحابة؛ ولأنه يمكنه الجماع فيما دون الفرج، وبه تندفع الشهوة فيأمن العنت؛ ولأن نكاح الصغيرة، والغائبة كنكاح البالغة والحاضرة في منع نكاح الأخت فكذا هنا.

تنبيهات: منها: قوله: «**تَحْتَهُ حُرَّةٌ**» هي عبارة «الوسيط»، قال في

وَأَنْ يَعْجِزَ عَنْ حُرَّةٍ تَصْلُحُ، قِيلَ: أَوْ لَا تَصْلُحُ، ....

«تنقيحه»: والصواب أن يقال: زوجة ليدخل الحرة والأمة.

ومنها: ترجيحه الجواز، نسبه الْمُتَوَلِّي إلى أصحابنا العراقيين واختيار القاضي الحسين؛ لكنه عكس ما أفهمه قول «المحرر»، والأحوط: المنع، وإن كانت لا تصلح للاستمتاع، وبهذا جزم صاحبا «تهذيب المحرر»، وإيجازه لظهور ترجيحه من كلامه، وفي «التتمة» أنه الذي عليه عامة أصحابنا بخراسان، ولم يصرحا في «الشرحين» و«الروضة» بترجيح؛ ولكن الترجيح في بعض الأمثلة ظاهر دون بعض.

ومنها: اعلم أن العراقيين إنما ذكروا من لا يمكن جماعها؛ لصغرٍ، أو رتقٍ، وقرنٍ، أو غيبةٍ، وتقييدهم بعدم إمكان الجماع يفهم أن الهرمة وكذا المجنونة الممكن جماعها والبرصاء تمنع نكاح الأمة، والقاضي الحسين إنما صور الخلاف فيمن لا يمكن وطؤها لصغرٍ أو قرنٍ، أو رتقٍ، أو جنونٍ، أو نشوز.

ومنها: مفهوم كلام «المنهاج»: أن الغائبة الصالحة للاستمتاع، وكذلك الناشز المحجور عليها، وكذلك الهرمة، والبرصاء؛ لأنهن صالحات للاستمتاع في الجملة، وفصل الرُّويَانِي في «التجربة» فقال: لو تزوج طفلة في المهد، أو كان له امرأة غائبة لا يقدر عليها؛ فله نكاح الأمة بشرطه على الصحيح من المذهب، ولو كان تحته رتقاء لم يجز له نكاح الأمة؛ لأنه مستغنٍ، وكأن الفرق عنده أنه يمكن دفع الشهوة بالوطء فيما دون الفرج بخلاف الطفلة في المهد والغائبة.

قال: **(وَأَنْ يَعْجِزَ عَنْ حُرَّةٍ تَصْلُحُ، قِيلَ: أَوْ لَا تَصْلُحُ)** الوجهان: هما الوجهان في التي قبلها، واقتضى كلام «المحرر»، «ومختصراته» التسوية بين الصورتين؛ لكن الأصح في «الروضة» و«الشرح الصغير» الجواز، وصورها فيما قدر على حرة رتقاء، أو قرناء، وصورها في «الكبير» منهما، ثم قال: وفي «التتمة»: إن هذا الخلاف مبني على الخلاف فيما إذا كانت قرناء أو رتقاء تحته، إن قلنا: وجودها يمنع نكاح الأمة فكذا القدرة عليها، وإن قلنا: بالقدرة عليها أولى ألا يمنع؛ لكن الجواب في «الوجيز» و«التهذيب»: الجواز هنا، مع

....

الجواب بأن وجودها يمنعه، ويجري الخلاف فيما لو قدر على نكاح حرة رضيعة، وأولى بجواز نكاح الأمة؛ لفوات الاستمتاع بتوابعه، ويجري في المجنونة والمجذومة، وأولى بالمنع؛ لإمكان الاستمتاع، انتهى.

تنبيهات: القدرة على نكاح الحرة الكتابية مانع على الأصح، كما لو كانت تحته، قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: التساوي.

قال أبو إسحاق في «الدرس»: لا يجوز نكاح الأمة.

فقلت: ذكرت في كتاب «الشرح» عن بعض أصحابنا إنه يجوز، فقال: إذًا قول من حسن، انتهى.

العجز يكون وجوه: ألا يجد مهرها أو يجده ولا ترضى إلا بأكثر من مهر مثلها، فلا يلزمه الزيادة على الأصح في «الروضة» خلافًا للفوراني والْبَغَوِي، قال الإمام والْغَزَالِي: إن كانت زيادة يعد بذلها إسرافًا، حلت الأمة، وفرقوا بينه وبين التيمم بأن الحاجة إلى الماء تتكرر؛ وبأن هذا لا يعد مغبونًا، وعلى هذا جرى المصنف في «التنقيح»، وذكر بعض حذاق الشارحين أن مقتضى نص الشَّافِعِي أنه لو وجد أمة وحرة، وكان صداق الأمة التي لا يرضى سيدها بالنكاح إلا به أكثر من مهر مثل الحرة الموجودة فلم ترض الحرة إلا بما سأله سيد الأمة [أنه] لا يجوز له نكاح الأمة في هذه الحالة؛ لقدرته على أن ينكح بصداقها حرة، وإن كان أكثر من مهر الحرة الموجودة فلم ترض، انتهى.

ومن صور العجز: ألا يجد حرة ترضى به نفسه، أو لا يجدها ببلده على المختار، قال شارحًا تبعًا للفوراني وغيره: والمال الغائب لا يمنع نكاح الأمة، كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة.

قلت: إن وجد من يقرضه، ففيه نظر سبق بيانه في قسم الصدقات، والمتجه المنع إذا وثق بالقدرة على المال، ووجد مقرضًا للغائب؛ لأنه واجد شرعًا وعرفًا، وسياق ما ذكره يقتضي أنه لو كان له دين مؤجل على ملي، وفي أنه يباح له نكاح الأمة، والقدرة بمال الولد عند وجوب الإعفاف كالقدرة بماله على الأصح.

فَلَوْ قَدَرَ عَلَى غَائِبَةٍ حَلَّتْ لَهُ أَمَةٌ إِنْ لَحِقَهُ مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ فِي قَصْدِهَا أَوْ خَافَ زِنًا مُدَّتَهُ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً بِمُؤَجَّلٍ أَوْ بِدُونِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَالْأَصَحُّ حِلُّ أَمَةٍ فِي الْأُولَى، دُونَ الثَّانِيَةِ،

قال: (**فَلَوْ قَدَرَ عَلَى غَائِبَةٍ حَلَّتْ لَهُ أَمَةٌ إِنْ لَحِقَهُ مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ فِي قَصْدِهَا، أَوْ خَافَ زِنًا مُدَّتَهُ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً بِمُؤَجَّلٍ أَوْ بِدُونِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَالْأَصَحُّ حِلُّ أَمَةٍ فِي الْأُولَى، دُونَ الثَّانِيَةِ**) أي: مدة قصدها، وإلا فلا، واعلم أنه نسب هذا التفصيل في «الروضة» إلى الأصحاب، والرَّافِعِي في «الشرحين» إلى الأكثرين، وفيه نظر، ولم أر فيما رأيته من كتب المذهب التي عليها مداره تعرضًا لوجوب السفر كذلك إلا في «النهاية» و«التهذيب»، و«إبانة الفوراني» و«عمدة العمراني» وهو أصل كلام «النهاية» و«التهذيب»] وأسرف في العمل؛ حيث قال: ويعتبر عدم الحرة في كل بلد يمكنه المسير إليه، وكلام «الشامل» و«الشافي» و«البيان» وغيرهم صريح في اعتبار البلد الذي هو به لا غير، وعليه جرى الْبَغَوِي في «الفتاوى» حيث قال: إنه لو وجد طول حرة ببلد لعادتهن في ترخيص المهور، ولم يجد طول حرة في بلد فله نكاح الأمة، والباقون أطلقوا ولم يتعرضوا للسفر، وكذا فعل القاضي الحسين، وعبارة الشَّافِعِي مطلقة أيضًا، والظاهر أن مراد المطلقين اعتبار البلد؛ إذ لا سبيل إلى حمل كلامهم على إطلاقه فينزل على تقييد «الشامل» وغيره.

تنبيه: إذا قلنا: بما في الكتاب، قال الإمام: المشقة المعتبرة أن ينتسب متحملها في طلب زوجة إلى الإسراف ومجاوزة الحد، وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: إن قرب السفر وجب، وإلا فلا، ولا يضبط بسفر القصر ومسافة العدوى، ثم ذكر كلام إمامه وضبطه، والظاهر أن القرى المتقاربة كمحال البلد الواسع الأقطار، وقد يضبط ببلاغ النداء، وحضور الجمعة، ويكون ما ذكرناه من الخلاف وراء هذا، وإذا أوجبنا السفر فالظاهر أنه فيما إذا كان يجد حرةً تنتقل معه إلى وطنه، أما لو لم تسمح إلا بأن يقيم الخاطب ببلدها فهي كالعدم؛ إذ في تكليفه التغرب أعظم المشقة، وقد يفرق بين المتوطن، وغيره، أو بين من له أهل، وعشيرة، أم لا.

واعلم أنه قال في باب التيمم: إنه لو وجد من يبيعه الماء نسيئة بأجل يمتد

وَأَنْ يَخَافَ زِنًا، ....

إلى وصوله بلد ماله وجب الشراء على الصحيح، ويشبه أنه إذا كان يغلب على ظنه القدرة على المهر عند الحلول كرزق الجندي ونحوه من بيت المال أنه لا يباح له نكاح الأمة ورضاها بالمؤجل أولى من رضا رب المال بتأجيل ثمنه؛ لأن الحاجة إليه تتكرر؛ ولأن الزوجة تمهل غالبًا بالمهر الحال بخلاف رب المال، فتأمله، وأما الثانية: فلأنه قادر على نكاح حرة، ولهذا جعله في «الروضة» المذهب، وقطع به جماعة، وهو ظاهر؛ لأن المهر يتسامح به وليس فيه كثير منه؛ بل لا منة فيه من الكاسدة المحتاجة، كالماء يباع بثمن بخس، وقيل: يجوز لما فيه من المنة، وهو ضعيف.

فرع: لو قدر على حرة تصلح ببيع مسكنه أو خادمه؛ فالأصح في «الروضة» حل الأمة، قال ابن الرِّفْعَة: وغفل النووي عما صححه هنا، فقال: من قرب إذا قلنا بالمذهب، فيما إذا كان يقدر على شراء أمة لا ينكح أمة، فلو كان في ملكه أمة غير مباحة، فإن وفت قيمتها بمهر حرة أو ثمن حرة أو ثمن أمة تشترى بها، لم ينكح الأمة، وإلا فينكحها، قال: وهو كذلك في «التتمة» و«التهذيب» قال: وطريق الجمع بين كلاميه حمل الأخير على ما إذا كان لا يحتاج إلى الأمة للخدمة، كما قاله القاضي الحسين.

قال: (**وَأَنْ يَخَافَ زِنًا**) لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] والمراد هنا: الزنا كما قاله الشَّافِعِي ونحوه، قال الفراء: الفجور، وأصله: المشقة الشديدة، قال المبرد: الهلاك.

تنبيهات: **أحدها**: قضية اشتراط خوف الزنا منع المجبوب بالباء، وهو الجواب في «الإنابة»، و«العمد» و«النهاية» و«التتمة» و«البيان».

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: يجوز للصبي، والمجبوب نكاح الأمة عند وجود الشرائط؛ لأنه يخاف مواقعة الحرام الذي يأثم به، والعنت: المشقة الشديدة، وأراد بالخصي: الممسوح، وقال ابن عبد السلام في «القواعد»: ينبغي جوازه للممسوح مطلقًا، فإن لم يخف [إثمًا] لانتفاء محذور رق الولد؛ لأنه لا يلحقه ولد، وأما المجنون بالنون فالأصح الوجهين؛ أنه إن كان معتبرًا

....

يخشى عليه العنت زوج أمة، ونقله القاضي الحسين عن الأصحاب، ثم اختار المنع، قال: لأنه ليس بزنا على الحقيقة.

ثانيها: لو قدر على نكاح أمة عجوز عقيم لا تلد، قال في «البحر»: له نكاح أمة شابة؛ لأنها لا تعفه، والنفس تعافها غالبًا.

قلت: فلو كانت عقيمة شابة فقد يقال: لا يجوز له العدول إلى ولود، وقد يعرفه الأطباء، أو يغلب على الظن كونها كذلك بأن ينكحها أزواج أو يتسرى بها سادات يولد لهم من غيرها، ولا تلد هي، والغالب أن من لا تحيض لا تحبل، وفيه نظر، وبعيد أنه يباح للحر العقيم ظاهرًا نكاح الأمة من غير خوف العنت؛ لأنه لا يتحقق، نعم لو أمكنه نكاح أمةً تعفه لأحد أصوله الذين يعتق عليهم ولده مع علمهم بالحال، هل يباح له العدول عنها إلى أمة أجنبي؟ فيه نظر.

ثالثها: أطلق الشَّافِعِي والجمهور خوف الزنا، والظاهر ألا يكون احتمال الوقوع فيه نادرًا، قال الْمَاوَرْدِي: وسواء خاف ذلك، وهو ممن يقدم عليه، أو لا فالخوف فيهما شرط، وقال الإمام: ليس المراد بالخوف أن يغلب على ظنه الوقوع في الزنا؛ بل المراد أن يتوقعه لا على سبيل الندور، فمن غلبت شهوته ورق تقواه فخائف، ومن ضعفت شهوته، ويراه بدعًا لدين، أو مروءة، أو حياء فغير خائف، وإن غلبت شهوته، وقوي تقواه فهذا محل التردد، يجوز أن يقال: لا تحل له الأمة، ويجوز أن يقال: إن كان ترك الوقاع يجر ضررًا أو مرضًا فيسوغ له نكاح الأمة، وإن غلب على ظنه عدم الوقوع في السفاح، قال ابن الرِّفْعَة: وهذا مخالف لكلام «الوسيط»، فإن هذا يقتضي الجزم بالمنع في حال فقد توقع المرض ونحوه، والتردد في حال توقعه وعليه جرى في «البسيط»، وأما كلامه في «الوسيط» فجازم بالجواز عند توقع المرض، ويتردد في حال فقده، ولفظ «الوسيط»: ومن غلبت شهوته؛ ولكنه راسخ التقوى، فإن كان يفضي به الصبر إلى مرض؛ فلينكح الأمة، وإلا فالصبر أحسن من إرقاق الولد، ولا يبعد أن يرخص له، ولا يكلف المشقة من مصابرة الشهوة.

قال ابن الرِّفْعَة: وكيف كان الاحتمال فليس مأخذه خوف الزنا؛ بل حقيقة

فَلَوْ أَمْكَنَهُ تَسَرٍّ فَلَا خَوْفَ فِي الْأَصَحِّ، وَإِسْلَامُهَا ....

العنت في اللغة، هو المشقة الشديدة، ويخرج من كلام الْغَزَالِي وإمامه ثلاث احتمالات في جواز نكاح الأمة له؛ لكن الراجح المنع، قال: وغلبة الظن بوقوع الزنا هي المعتبرة في الخوف المبيح لنكاح الأمة، على الأصح، على خلاف ما حرره الإمام والْغَزَالِيُّ، قال: وقولي: على الأصح احتراز من احتمال الإمام.

قلت: وهذا منه قضاء بأن المذهب اعتبار غلبة الظن بالوقوع في الزنا إن لم ينكح الأمة، وفيه نظر من حيث الدليل والنقل.

قال: (**فَلَوْ أَمْكَنَهُ تَسَرٍّ**) أي: بصالحة للاستمتاع بأن تكون في ملكه أو يمكنه شراؤها بثمن مثلها.

(**فَلَا خَوْفَ فِي الْأَصَحِّ**) وقطع به بعضهم؛ لأمنه العنت، ولا ضرورة به إلى إرقاق ولده، وجعله في «الروضة» المذهب، والثاني: له نكاح الأمة؛ لأنه غير مستطيع طول حرة، والثالث: يفرق بين كونها في ملكه أو لا، وهذا خارج من كلام الرَّافِعِي، فإنه أشار إلى الطريقتين في هذه الصورة، ويجيء وجه رابع: [فارق على][1] أن يقدر على أمة مسلمة فلا يحل له نكاح الأمة، أو كتابية، فيحل له نكاح الأمة سواء كانت الكتابية في ملكه أو يمكنه شراؤها.

إشارة: عبارة «المحرر»: لم ينكح أمة في أصح الوجهين، أحسن من عبارة «المنهاج»؛ لأنه لا يحسن فرض الوجهين في الخوف، والتسري مانع من الخوف قطعًا، وصورة المسألة: أن يكون قد خاف العنت ومعه من لا يقدر به على حرة، ويقدر به على أمة فخوف العنت قد حصل، ولكنه يزول بالتسري.

قال: (**وَإِسْلَامُهَا**)؛ لقوله تعالى: ﴿مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾ [النساء: ٢٥] فليس للمسلم نكاح أمة كتابية للآية؛ ولأنه اجتمع فيها نقصان لكل منهما يدخل في منع النكاح وهما: الكفر والرق، فلا يجوز للمسلم نكاحها كالحرة الوثنية، أو المجوسية؛ لاجتماع نقصين فيها: الكفر وعدم الكتاب، وسواء

(١) في نسخة: (بين).

وَتَحِلُّ لِحُرٍّ وَعَبْدٍ كِتَابِيَّيْنِ أَمَةٌ كِتَابِيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

أكانت لمسلم أو كافر، وقيل: إن كانت الأمة الكتابية لمسلم جاز.

إشارة: سكوته عَنِ اعتبار إسلام سيدها يفهم أنه ليس بشرط، وهو الأصح، والثاني: شرط، والثالث: قيل بحثًا: يجوز للعربي دون غيره بناءً على القول: بأن الرق لا يجري على العرب، وفيه نظر، إلا أن يطرد في الأمة المسلمة للمسلم، وصورة المسألة: إذا كانت لا يجب معها في الحال إما لكونها أم ولد لكافر، أو مكاتبة أسلمت، وجوزنا إنكاحها، أو قِنَّة ولم يجد زبونًا، أو وجد ولكن بأقل من ثمن مثلها؛ فإنه لا يجبر على بيعها بدونه.

قال: **(وَتَحِلُّ لِحُرٍّ وَعَبْدٍ كِتَابِيَّيْنِ أَمَةٌ كِتَابِيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ)** لتكافئهما في الدين كما ينكح المسلم الأمة المسلمة، والثاني: المنع كما لا يجوز للحر المسلم نكاحها، هذا في الحر، حكى بعضهم الخلاف فيه قولين، وأما العبد الكتابي فالخلاف فيه مرتب على الخلاف في الحر، وأولى بالجواز، والخلاف في العبد ضعيف جدًّا؛ إذ نص في «الأم» و«المختصر» على أن المسلم يلي أَمَته الكافرة، ولو امتنع تزويجها من العبد الكتابي لامتنع مطلقًا، وقال في «الروضة»: ونكاح الحر المجوسي أو الوثني للأَمَةِ المجوسية، أو الوثنية كذلك، وعبارة «مجرد أبي الطيب»: وفي تزويج الأمة المشركة من الكفار، وجهان، وفيها شمول.

تنبيه: قيل: أنكحة الكفار صحيحة على المذهب، فما صورة المنع هنا؟

[قلت]: صورته إذا طلبوا من قاضينا تزويجها منهم.

اعلم أن الوجهين أو القولين في الحر الكتابي؛ إذا كان ممن يخاف العنت، ولا يجد طول حرة كما قلناه في المسلم؛ ولهذا قال الْمُتَوَلِّي على التجويز: فصار حكم الذمي معها كالحر المسلم مع الأمة المسلمة، وقياسهم ذلك على نكاح المسلم الأَمَة المسلمة يبين ذلك.

فإن قلت: فما وجه المنع إذًا؟

قلتُ: كما يمنع المسلم نكاحها، وإن خاف العنت.

وعن الماسرجسي قال: كنت عند ابن أبي هريرة فقال: الأمة الكافرة تحل

لَا لِعَبْدٍ مُسْلِمٍ فِي الْمَشْهُورِ، وَمَنْ بَعْضُهَا رَقِيقٌ كَرَقِيقَةٍ. وَلَوْ نَكَحَ حُرٌّ أَمَةً بِشَرْطِهِ ثُمَّ أَيْسَرَ أَوْ نَكَحَ حُرَّةً لَمْ تَنْفَسِخْ الْأَمَةُ، ....

للحر الكافر، فقلت: كيف يتزوجها، وهي لا تحل لمسلم، ومَنْ لا تحل لمسلم للكفر لا تحل للكافر كالمرتدة والوثنية؟ قال: أتستدرك على «المختصر» ما لم يستدركه أحدٌ قبلك؟

قلت: إني أرى من يفعل ذلك عَرَّضَ بِهِ؛ فسكت ثم خرج من الغد، فقال: وجدت الشَّافِعِي إنها لا تحل للكافر، فقلت: كيف الوجه؟ قال: نجعل في المسألة قولين، انتهى. وهذا يحقق أن الخلاف قولان لا وجهان.

قال: **(لَا لِعَبْدٍ مُسْلِمٍ فِي الْمَشْهُورِ)** لأن المنع منها لكفرها يستوي فيه الحر، والعبد المسلم كالمرتدة، ووجه الجواز تساويهما في الرق، وإنما تفاوتا في الدين، وهو لا يمنع النكاح؛ بدليل نكاح المسلم الحرة الكتابية، وفي ثبوت هذا القول وقفة، فإنه نسب إلى رواية «الإفصاح» عن «القديم»، وعن ابن أبي هريرة أنه قال: في «الجديد» أشهر.

قال بعض الثقات: ولم أره في «الإفصاح» ولا في «تعليق ابن أبي هريرة»، وحكي في «البيان» الخلاف وجهان عن «الشامل»، وهو [وهم] وإنما حُكي الجواز عن بعض الناس، وكذلك نسبه في «الحاوي» إلى بعض العراقيين، ومراده غير أصحابنا [قطعًا].

قال: **(وَمَنْ بَعْضُهَا رَقِيقٌ كَرَقِيقَةٍ)** أي: فلا ينكحها الحر إلا بالشروط، وإطلاقه يفهم أنه لو قدر على مبعضة صالحة جازت له القنة، وفيه تردد للإمام؛ لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله؛ لا سيما إذا قلَّ جزء الرق منها، ويظهر على القول بأن ولد المبعضة ينعقد حرًا؛ الجزم بالمنع، وإنما يظهر التردد على القول بأنه كأمه [والمبعض كالقن في نكاح الأمة، نقل الإمام الاتفاق عليه، وفيه بحث فإن في إلحاق] المبعضة بالقنة تغليظًا، وفي إلحاق المبعض بالقن تخفيفًا.

قال: **(وَلَوْ نَكَحَ حُرٌّ أَمَةً بِشَرْطِهِ ثُمَّ أَيْسَرَ، أَوْ نَكَحَ حُرَّةً؛ لَمْ تَنْفَسِخْ الْأَمَةُ)**

وَلَوْ جَمَعَ مَنْ لَا تَحِلُّ لَهُ الْأَمَةُ حُرَّةً وَأَمَةً بِعَقْدٍ بَطَلَتْ الْأَمَةُ، لَا الْحُرَّةُ فِي الْأَظْهَرِ.

ما ذكره نص عليه الشَّافِعِي، ولم يخالفه فيه إلا الْمُزَنِي، فقال: ينفسخ نكاحها إذا وجد الطول، أو نكح حرةً، كمذهب أحمد فيما إذا نكح حرة، أما ما ذكره جماعة من أصحابنا أنه روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم: أنهما قالا: إذا تزوج حرةً على أمة لم ينفسخ نكاح الأمة، قالوا: ولا مخالف لهما، وإنما كان كذلك؛ لأن قضية الآية اشتراطه في الابتداء، ولا يلزم من ذلك اشتراطه في الدوام لقوته، ألا ترى أن الإحرام، والعدة، والردة تمنع ابتداء النكاح دون دوامه! ومن القواعد المقررة؛ أنه يغتفر في الدوام غالبًا ما لا يغتفر في الابتداء.

قال: (**وَلَوْ جَمَعَ مَنْ لَا تَحِلُّ لَهُ الأَمَةُ حُرَّةً وَأَمَةً بِعَقْد؛ بَطَلَتْ الْأَمَةُ لَا الْحُرَّةُ فِي الْأَظْهَرِ**)، عملًا بتفريق الصفقة كما سبق، وقيل: لا يبطل نكاح الحرة قطعًا، وأفهم كلامه أنه لو جمع بينهما من تحل له الأمة من الاحتراز أن الحكم يختلف، وفيه طرق أظهرها عند الإمام، وغيره: أنه على القولين.

والثاني: وبه قال ابن الحداد وآخرون: إنه يبطل فيهما قطعًا، وهذا منقول «الروضة»، **وثالثها**: ذكره في «الذخائر»، وبه أجاب القاضي أبو الطيب في «المجرد»: بالصحة فيهما.

قال: لأن المانع من نكاح الأمة معدوم، وتابعه الجرجاني عليه في كتبه، وهو غريب.

إشارة: صورة الجمع بأن يزوجه ابنته، وأمته، أو يكون الموجب وكيلًا لوليين، أو وليًّا في واحدة، ووكيلًا في الأخرى، فيقول: زوجتك هذه وهذه بكذا [فيقبل، فلو قال: زوجتك بنتي هذه، وزوجتك أمتي هذه، فقال: قبلت نكاح ابنتك ونكاح أمتك] صح في الحرة قطعًا، ولو اقتصر على قبول نكاح الحرة أو الأمة، وهو ممن يحل له الأمة؛ صح ما قبله قطعًا، ولو فصَّل المزوج، وقال الخاطب: قبلت نكاحهما، فالحكم كما لو فصَّلا جميعًا، أو كما لو جمعا، وفيه خلاف والأصح عند الإمام الأول، قال الرَّافِعِي: والخلاف [جارٍ] فيما لو جمع الموجب، وفصَّل القابل.

فَصْلٌ

يَحْرُمُ نِكَاحُ مَنْ لَا كِتَابَ لَهَا كَوَثَنِيَّةٍ وَمَجُوسِيَّةٍ.

قال:

(فصل:

يَحْرُمُ نِكَاحُ مَنْ لَا كتاب لَهَا كَوَثَنِيَّةٍ وَمَجُوسِيَّةٍ) أي: كما يحرم وطؤها بملك اليمين، وكلام المصنف مصرح بأن المجوس لا كتاب لهم، وقد جعلا أشبه القولين: أنه كان لهم كتاب، وهو المنصوص في اختلاف الحديث من «الأم»، وحُكي مقابله عن «المختصر»، و«الأم» أيضًا، وعبارة «المحرر» سديدة، فإنه قال: لا تحل مناكحة الكفار الذين لا كتاب لهم، ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان، والشمس، والزنادقة، وكذا مناكحة المجوس، فقوله: «وكذا» يقتضي منع مناكحتهم؛ لأنه لا كتاب لهم.

قال الرَّافِعِي: وعلى القولين لا تحل مناكحتهم، أما على الأول فظاهر، وأما على الثاني فلأنه لا كتاب بيدهم، ولا نتيقنه من قبل فنحتاط، وعن أبي إسحاق، وابن حربويه: أنه يحل مناكحتهم على الثاني، وهذا ضعيف عند الأصحاب، وإنما ينقدح على ضعفه إذا قال: مَنْ أثبت لهم كتابًا إنه كان متلوًا أو متضمنًا للأحكام، وإن قنع من قال به بأصل الكتاب؛ لزمه مثله في صحف إبراهيم عَلَيْهِ السَّلَامُ وما في معناها، انتهى.

وما ذكره [في تحريم] المجوسية على القولين هو المشهور المعروف، وقال جماعة: لا ثمرة للقولين إلا حل المناحكة؛ فإنهم يقرون بالجزية على القولين؛ ولعل لأجل ذلك حكي حل نكاحها قولًا للشافعي إذا عرفت هذا، فقد قال الرَّافِعِي في كتاب «الجزية» بعد ترجيحه جواز تقرير المتمسكين بالزبور، وغيره من الصحف بالجزية: وأجرى مجرون الخلاف في حل المناكحة، والذبيحة إلحاقًا لكتبهم بكتب اليهود والنصارى، ويحكي ذلك عن القاضي الطبري، وغيره، وإذا ألحقناهم باليهود، والنصارى؛ فإن تحققنا صدقهم، وعرفنا كتابهم فذاك، وفي معناه ما إذا أسلم منهم اثنان، وشهدا

وَتَحِلُّ كِتَابِيَّةٌ لَكِنْ تُكْرَهُ حَرْبِيَّةٌ ....

بذلك، وعن صاحب «الحاوي» أن المعتبر قول جماعة تحصل الاستفاضة بقولهم، وإن شككنا في أمرهم كانوا كالمجوس، انتهى.

وهذا منه يفهم أن [محل الجزم بتحريم] مناكحتهم، أو ترجيحه؛ إذا لم يعرف ما ادعوه من الكتب إلا منهم، فأما إن ثبت ذلك ببينة؛ حلت مناكحتهم قطعًا، أو على الصحيح، وبه جزم الجوري.

وقال الشيخ أبو حامد في «تعليقه»: إنه مذهب الشَّافِعِي، وصرح الْمَاوَرْدِي، وابن الرِّفْعَة، وغيرهما بذلك هناك، ويأتي بيانه، والذي اقتضاه كلام الأصحاب هنا، ومنهم ابن الرِّفْعَة: أنه لا تحل مناكحتهم على الصحيح من غير تفصيل، وكلام المصنف الآتي يقتضي الجزم به، وأحسن في «الروضة» فقال: هنا لا تحل مناكحتهم على الصحيح، وقال: هناك لا تحل على المذهب.

قال: (**وَتَحِلُّ كِتَابِيَّةٌ**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾ [المائدة: ٥].

قال: (**لَكِنْ تُكْرَهُ حَرْبِيَّةٌ**) لما في الميل إليها من خوف الفتنة، ولما في إقامته بها في دارهم من تكثير سوادهم، وقد يسترق وهي حامل منه فلا تصدق في أنها حامل من مسلم، أو لا تقر به، وقد يموت هناك فينشأ أولاده الأطفال على الكفر، هذا هو الصواب المعروف، وحكى الإمام عن الأصحاب ترددًا في إطلاق الكراهة في نكاح الحربية، ونسب الكراهة إلى الأكثرين، ونقل ابن الرِّفْعَة في كتابه عن «حلية الشَّاشِي» وجهًا عن بعض العراقيين؛ أنه لا يصح نكاح المسلم الحربية، وهذا سهو منه - رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالى - وعبارة «الحلية»: وإن تزوج مسلم حرة كتابية صح، وإن كره وأبطل العراقيون نكاحها، ومراده بالعراقيين المخالفين لنا من الحنفية، وغيرهم قطعًا، وكلامه مأخوذ من «الحاوي» ولفظه: وأبطل العراقيون نكاحها في دار الحرب؛ بناءً على أصولهم في أن عقود دار الحرب باطلة، وهي عندنا صحيحة، انتهى.

وَكَذَا ذِمِّيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالْكِتَابِيَّةُ يَهُودِيَّةٌ أَوْ نَصْرَانِيَّةٌ لَا مُتَمَسِّكَةٌ بِالزَّبُورِ وَغَيْرِهِ،

وقد وقع لابن الرِّفْعَة من هذا الطريق مواضع، وإذا قال العراقي من أصحابنا: قال العراقيون، أو ذهب العراقيون؛ فمراده الخصوم، فاعلم.

واعلم أن الشَّافِعِي قال في سير الواقدي من «الأم»: ويكره له لو كانت مسلمة بين ظهراني أهل الحرب أن ينكحها؛ خوفًا على ولده أن يسترقوا ويفتنوا، فأما تحريم ذلك فليس بمحرم، انتهى.

وينقدح في كراهة نكاح المسلمة تفصيل يعرف مما سيأتي -إن شاء الله تعالى- عن «الحاوي» في الكلام على الهجرة من دار الحرب.

قال: (**وَكَذَا ذِمِّيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لما يخشى من فتنته أو فتنة ولده، وبإطلاق الكراهة صرح جماعات من العراقيين، قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: قال الشَّافِعِي هاهنا: وأكره نكاح الحربيات؛ لئلا يفتتن عن دينه، أو يسترق ولده، ولم يتعرض لنكاح الكتابيات الذميات، وقال في «القديم»: يجوز نكاح اليهودية، والنصرانية، وأكره نكاحهن، ولا يختلف المذهب أن نكاح الذميات يكره، انتهى.

والوجه الثاني: لا يكره؛ لأن الاستفراش إهانة، والكافرة جديرة بذلك؛ ولكنه خلاف الأولى، وزعم صاحب «الكافي»: أن الأكثرين لم يحكوا الكراهة، انتهى.

وحكى الإمام عن الأصحاب عدم الكراهية، وبه أجاب الْمُتَوَلِّي، وعن شيخه أنه خلاف الأولى، وقال: إن ما ذكره لا يخالف كلام الأصحاب، انتهى.

قال الرُّويَانِي: ولا خلاف أن الكراهة فيها أخف؛ لفقدان بعض المعاني السابقة، وهو كما قال.

قال: (**وَالْكِتَابِيَّةُ: يَهُودِيَّةٌ أَوْ نَصْرَانِيَّةٌ**)؛ للآية المتقدمة.

(**لَا مُتَمَسِّكَةٌ بِالزَّبُورِ وَغَيْرِهِ**) أي: كصحف شيث، وإدريس، وإبراهيم - صلوات الله عليهم - فلا يحل مناكحة المتمسكة بها، قال الرَّافِعِي، وغيره: واختلفوا في سببه فقيل: لأنها لم تنزل عليهم بنظم يدرس ويتلى إنما أوحي إليهم معانيها، وقيل:

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْكِتَابِيَّةُ إِسْرَائِيلِيَّةً فَالْأَظْهَرُ حِلُّهَا إِنْ عُلِمَ دُخُولُ قَوْمِهَا فِي ذَلِكَ الدِّينِ قَبْلَ نَسْخِهِ وَتَحْرِيفِهِ، وَقِيلَ: يَكْفِي قَبْلَ نَسْخِهِ.

إنها كانت حكمًا، ومواعظ، ولم تتضمن أحكامًا، وشرائعًا، وفيه وجه آخر مذكور في «الجزية» انتهى.

وقد بينا اضطراب كلام الرَّافِعِي في البابين، ويوافق ما ذكره الرَّافِعِي هناك، قول الجوري في «المرشد»: وأما سائر مَنْ يذكر أن له كتابًا، فلسنا على يقين من دعواهم، فلم نبح تزويجهم مع الشك، ولو علم الآن طائفة كان آباؤها على دين حق يقينًا، ثم انتقلوا عنه لكان لهم حكم بني إسرائيل، ولحقتهم فضيلة آبائهم، وحل لنا نكاحهم، وذبائحهم، انتهى.

وهذا يخالف ما ذكره الجمهور هنا من التعليل، وقضية كلامهم أنه لو تصور علم ذلك، لم تحل مناكحتهم، وإنما الحل مقصور على أهل التوراة، والإنجيل بشرطه.

قال: **(فَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْكِتَابِيَّةُ إِسْرَائِيلِيَّةً؛ فَالْأَظْهَرُ: حِلُّهَا إِنْ عُلِمَ دُخُولُ قَوْمِهَا فِي ذَلِكَ الدِّينِ قَبْلَ نَسْخِهِ وَتَحْرِيفِهِ، وَقِيلَ: يَكْفِي قَبْلَ نَسْخِهِ)** اقتضى كلامه أمرين:

أحدهما: حل الإسرائيلية مطلقًا، وقال في «الشرح»، و«الروضة»: إن الدخول في دين أهل الكتاب بعد بعثة نبينا محمد ﷺ لا تفارق الإسرائيلية فيه غيرها، وقضيته القطع بالتحريم في هذه.

الحالة الثانية: إذا لم يعلم دخول آباء غير الإسرائيلية في ذلك الدين قبل نسخه، وتحريفه أنها تحرم مطلقًا، وليس كذلك؛ بل لو علم دخولهم بعد التحريف، وقبل النسخ، وأنهم تمسكوا بالحق منه، وتجنبوا المحرف؛ فكما في صورة الكتاب، والحاصل فيها، طريقان:

إحداهما: الحل وبها أجاب العراقيون؛ لأنهم تمسكوا به حين كان حقًّا.

والثانية: على قولين أظهرهما: الجواز، وكلام الشَّافِعِي إلى ما قاله العراقيون أقرب؛ لكن حُكي في الصيد، والذبائح عن «الأم» ما يقتضي حصر

....

الحل في الإسرائيليات، وأصل الخلاف أن الإسرائيلية تنكح؛ لفضل الدين والنسب معًا، أو لفضيلة الدين فقط؛ إذا عرفت هذا فبسط المسألة أن يقال: إذا لم يعلم دخول الآباء قبل النسخ، والتحريف؛ ففيه أربعة أقسام:

الأول: أن يعلم دخولهم بعد التحريف، وقبل النسخ، والتحريف، فإن تمسكوا بالحق منه، وتجنبوا المحرف؛ فالحكم ما سبق، واقتضى إطلاق «المنهاج» التحريم ممن دخل بعد التحريف، على ما رجحه، وهو مخصص بما إذا لم يعلم المحرف، أو علمه ولم يجتنبه، أما لو اجتنبه فكالداخل قبل التحريف، وإن دخل في المحرف؛ فقيل: في نكاحه قولان أو وجهان: وجه الجواز: على ما قاله الرَّافِعِي: إن الصحابة تزوجوا منهن، ولم يتجنبوا، ووجه المنع: لبطلان الفضيلة بالتحريف، وقيل: بالمنع قطعًا، والظاهر المنع ثبت الخلاف أم لا، وهل يقر هؤلاء بالجزية؟ قال الْبَغَوِي: لا، وقال غيره، نعم، قال الرَّافِعِي: وهو أولى؛ للشبهة.

الثاني: أن يدخلوا بعد النسخ، وقبل التحريف فلا فضيلة لهم؛ لسقوط حكمه بالنسخ، [فلا يتناكحوا ولا يقروا بالجزية.

الثالث: أن يعلم دخولهم بعد التحريف والنسخ] فلا تنكح نساؤهم، فمن تهود أو تنصر بعد بعثة نبينا محمد ﷺ لا يناكح، وأفهم كلام القاضي الحسين خلافًا فيه، إذ قال: فأما مَنْ دخل في دين بني إسرائيل بعد بعثة الرسول ﷺ، ففيه قولان مرتبان على ما لو دخل في دينهم قبل بعثة الرسول ﷺ وهاهنا أولى بألا تحل، انتهى.

وينبغي حمل كلامه على مَنْ دخل في دين بقي أهله عليه، وإلا فالداخل في الوثنيين بعد المبعث؛ لا خلاف فيه.

الرابع: وهو مهم إن شك في دخول الآباء، فلم يدر أدخلوا قبل التحريف أو بعده، وقبل النسخ أو بعده؛ فيأخذ بالاحتياط فلا تنكح نساؤهم، ويقرون بالجزية تغليبًا لحقن الدم بذلك حكمت الصحابة ﷺ في نصارى العرب، وهم بهراء، وتنوخ، وتغلب، وذكر المتولي في هذا القسم بعد ذكره، أن نصارى

....

العرب منه أن الحكم في حل الذبيحة، والمناكحة، مثل الحكم في اليهودي يتنصر، أو نصراني يتهود، ومقتضى ما ذكره أن يكون في حل الذبيحة والمناكحة قولين، وفيما قاله نظر ظاهر؛ لأن النصرانية التي تقر اليوم على التهود وعكسها، وتناكح كانت ممن يناكح قبل الانتقال.

أما نصارى العرب، فكانوا وثنيين، فلا يفيدهم الدخول الحل فحرمناهم؛ بل اقتضى النص تحريمهم، وإن عُلم دخولهم قبل التحريف، وكذلك المشكوك في دخول آبائهم على أحد التقديرين حرام، فحرمناهم، والْمُتَوَلِّي لاحظ الدخول الآن إذا كان لا يقتضي التحريم مع تحققه، والمشكوك أولى؛ لكن ليس ذلك مطلقًا؛ بل مخصوص بالداخل المناكح فظهر فساد ما تخيله، قاله بعض محققي شيوخنا.

تنبيه: قال الرَّافِعِي بعد ذكره نحو ما سبق: كذا أطلقه الأصحاب من المتقدمين، والمتأخرين، وتركوه على إطلاقه، وفيه شيء لا بد من معرفته سيأتي، وأشار إلى أنهم حكوا خلافًا في يهودي تنصر اليوم أو بالعكس، هل يقران؟

فإن قلنا: تقر حلَّت مناكحته مع كونه دخل في ذلك الدين بعد نسخه، وتبديله، وبذلك تبين أن قولهم السابق[1] بل جاز على ما أشار إليه؛ حيث قال: من كان من بني إسرائيل أو دخل في دينهم قبل وقوع التبديل، فإن لم يدخل مع المبدلين؛ بل كان مع من لم يبدل فحكمه حكمهم، وإن دخل في دين من بدل منهم لم يقر عليه، إذ لم يثبت له فضيلة بنفسه [ولا بغيره، وإن لم يكن في دين من دخل منهم توقفنا عن دمه بالجزية، وعن نكاحه] وذبائحه.

وأما مَنْ دخل منهم بعد نزول القرآن نُظر فيه، فإن دخل وثني في دين أهل الكتاب لم يقر، وكذلك إن توثن كتابي وإن بدل تهويده بنصرانية، أو بدين أهل

(١) في نسخة: (وحرمهم بالمنع مجهول على دخول من لا يقر كالوثنية، وما ذكره متعين، وكلام «الإفصاح» غير مطلق).

....

الكتاب، فهل يقر؟ على قولين، فلم يطلق أبو علي كما أطلقه غيره، وعبارة ابن أبي هريرة في «تعليقه» كعبارة «الإفصاح» سواء، ثم قال: وعني الشَّافِعِيُّ بذكره بني إسرائيل هم ومن في معناهم مثل الروم الذين دخلوا في دينهم قبل التبديل، وهذا لا يختلف قوله فيه، وإياه قصد، انتهى.

وقد سبق أن القطع بذلك طريقة العراقيين.

تنبيه ثانٍ: رأيت أحد الشارحين - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - قال: ما ذكرناه فيمن لم يعلم دخول قومها في ذلك الدين قبل نسخه، أولًا ينبغي أن يكون محله إذا علم أصل الدخول ولم يعلم وقته، أو قامت أمارتان متعارضتان حصل منهما شك، وإلا فما من كتابي يجده ونحن لا نعلم أنه من بني إسرائيل إلا ويحتمل فيه ذلك، فلو حرمنا ذبائح هؤلاء ومناكحتهم لم نجد كتابيًّا يحكم بحل ذلك منه، وأين يثبت لنا اليوم في أحد من هؤلاء أنه إسرائيلي وقد سوى الأصحاب بين الذبائح والمناكح. ولو قيل: بأن الذبائح أولى بالحل لاتجه؛ لأنه منصوص على طعامهم غير مختلف فيه، والنكاح اختلف فيه الصحابة، ثم ذكر المجوس، ثم قال: وأما غيرهم من أهل الكتاب، فالذي تبين فيهم الحل، وأما توقف ذلك على العلم بكونهم من بني إسرائيل فلا دليل عليه، وقد أطلق الشَّافِعِي في عدة مواضع حل اليهودية والنصرانية.

قال البيهقي في «المبسوط»: وشرط الشَّافِعِي في مواضع في نكاح الكتابية أن تكون من بني إسرائيل، وهذا من البيهقي صعبٌ، فإن الشرط ينبغي تحققه حتى إذا شك فيه لا يحل، وكل من في الأرض من اليهود والنصارى لا يتحقق أنهم من بني إسرائيل، فالقول بأن حكمهم حكم المجوس يترتب عليه تحريم ذبائحهم ونسائهم، وأنَّ مَنْ أسلم منهم لا تقرُّ امرأته تحته، وهذا ضعيف جدًّا، وقال الْمَاوَرْدِي: غير بني إسرائيل ممن تهود أو تنصر من العرب، والعجم، والروم، وانحرز ثلاثة أصناف:

صنفٌ: دخلوا قبل التبديل والروم دخلوا في النصرانية قبل التبديل فهم كبني إسرائيل في الجزية، والذبيحة، والنكاح؛ لأن النبي ﷺ كتب إلى قيصر:

....

«قل يا أهل الكتاب» فجعلهم أهل كتاب.

وصنف: دخلوا بعد التبديل، فهم كالوثنيين.

وصنف: شك فيهم كنصارى العرب، وذكر ما تقدم، قال: فجعل الْمَاوَرْدِي مورد التقسيم غير بني إسرائيل، والظاهر أن مراده الذي يتحقق منهم ذلك، وكذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف وغيره على ذلك وانظر استدلاله بالآية على ذبائح الروم، ومناكحتهم، وليسوا من بني إسرائيل، وهو استدلال صحيح، وكذلك القول في الحبشة، وهم أبعد من بني إسرائيل بكثير، وقد أسلم منهم النجاشي، والظاهر أنه كان له زوجة أو زوجات، ولم يأمره النبي ﷺ بفراقها، ولو أمره لأطاعه، ولو كان حكمها حكم المجوس؛ لكان قضية قول من يحرمها يأمره بفراقها، فهذه الطوائف لا شك أن حكمهما حكم بني إسرائيل، وإنما التردد في الصنف الثالث: وهم متنصرة العرب فهم الذين يلحقون بالمجوس للشك في أمرهم، وفي هذا يفارقون بني إسرائيل [لأن بني إسرائيل] لا ينظر في آبائهم، هل دخلوا قبل التبديل أو بعده؟ بل يجري عليهم حكم من دخل قبل التبديل، وعلى قياس ذلك الروم والحبشة، وغيرهم حملًا على الظاهر من حالهم، وإن كان يحتمل أن من آبائهم من دخل بعد التبديل، وكما أن هذا الاحتمال لا نظر إليه كذلك، لا نظر إلى احتمال كون هؤلاء الموجودين من النصارى، واليهود من أولاد متنصرة العرب، أو ممن لا يناكحون، أو من غيرهم؛ بل يحمل أمرهم على الظاهر، وما هم متمسكين به من التوراة، والإنجيل، وأنهم بذلك أهل كتاب؛ حتى يثبت خلافه، وأطال القول في ذلك، وفي كثير مما استند إليه النظر، كما أشرت إلى بعضه في «الغنية»، وأوضحته في جزء مفرد، ويأتي الكلام على الذبيحة هناك، ويبقى القليل ـ إن شاء الله تعالى[(١)].

ومما نُعَجِّله من النقل قول الدارمي هنا: ومَنْ دخل من غير بني إسرائيل في دينهم، فإن لم نعلم متى دخل [ومع من دخل] أقررناه [بالجزية] ولم يحل

---

(١) انظر «الحاوي الكبير» للماوردي (١٥/ ٢١١).

وَالْكِتَابِيَّةُ الْمَنْكُوحَةُ كَمُسْلِمَةٍ فِي نَفَقَةٍ وَقَسْمٍ وَطَلَاقٍ، وَتُجْبَرُ عَلَى غُسْلِ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ وَكَذَا جَنَابَةٍ، وَتَرْكِ أَكْلِ خِنْزِيرٍ فِي الْأَظْهَرِ، ....

نكاحه، ولا ذبيحته، والنصارى كاليهود، وفيمن دخل في دينهم، ومن ثبت أنه من الحواريين، أو الطائفة التي قال تعالى: ﴿فَـَٔامَنَت طَّآئِفَةٌ﴾ [الصف: ١٤] فذاك، ومَنْ شككنا أقررنا وأخذنا جزيته، ولم نناكحه ولم يأكل ذبيحته، ومعرفتهم بأن تثبت نسبهم بكتابهم أو بإخبار مَنْ أسلم منهم، أو ثبت أثرهم انتهى. ولا أدري ما معنى: قوله بكتابهم؟

قال: **(وَالْكِتَابِيَّةُ الْمَنْكُوحَةُ كَمُسْلِمَةٍ فِي نَفَقَةٍ وَقَسْمٍ وَطَلَاقٍ)** لاشتراكهما في الزوجية المقتضية لذلك، قال الشَّافِعِي في «المختصر»: هي كالمسلمة فيما لها، وعليها إلا التوارث، والحد في قذفها التعذير.

قال: **(وَتُجْبَرُ عَلَى غُسْلِ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ)** أي: لتوقف حل الوطء والمباشرة فيما تحت الإزار عليه إن أمكن، فإن لم يمكن فالتيمم، وإذا اغتسلت فعل أمره إياها بنية في حقها بخلاف المسلمة، هكذا قاله القاضي الحسين أبو الطيب والماوردي وغيرهما أن الغسل في حقه من غير نية يصح كالمجنونة، قال الشيخ: فإن لم تفعل غسلها ووطء، وإن لم توجد منه نية للضرورة، وقيل: وينوي عنها، وزيف.

قال: **(وَكَذَا جَنَابَةٍ، وَتَرْكِ أَكْلِ خِنْزِيرٍ فِي الْأَظْهَرِ)**، أما غسل الجنابة فالمنصوص في «الأم» و«المختصر» وكتبه القديمة والجديدة غير «سنن الواقدي» من «الأم» الإجبار، كما في إزالة النجاسة، والثاني: لا؛ لأنها لا تمنع الاستمتاع، ثم الجمهور أطلقوا القولين، وحمل القفال وغيره الإجبار على إذا ما طالت المدة، وصارت النفس تعافها والمنع على غير هذه الحالة، وهذه مقالة ثالثة إن حصلت عيافة نفسه منها أجبرها وإلا فلا.

قلت: وبعيد أن يقال: إنه لو كان ممن يغشاها في الليلة مرارًا أو اليوم أنه يجبرها على الغسل بعد كل مرة، ولا سيما إذا قرب الزمن لما في ذلك من المشقة، ولا سيما في زمن البرد، وأما المسلمة فقد أطلق البغوي إجبارها على غسل الجنابة.

....

قال في «الروضة»: وليس هذا على إطلاقه بل هو فيما إذا طال وحضر وقت الصلاة، فإذا لم يحضر ففي إجبارها القولان وهما مشهوران حتى في «التنبيه»، والأظهر إجبارها، قال ابن الرفعة: إن كان ولاية من التقييد فليقل إذا حضر وقت الصلاة وضاق، أما إذا لم يضق فالحكم كما قبل دخول الوقت، انتهى.

وهذا إذ أسلم ففي المكلفة أما غيرها فيظهر أنها كالكتابية فيجيء فيها الأوجه الثلاث، والوجه عدم إجبارها مطلقًا على الغسل من الجنابة الواقعة في زمن الحيض أو النفاس، وأما أكل لحم الخنزير، فإن كانت يهودية ترى تحريمه منعها منه كالمسلمة قطعًا، وإن كانت نصرانية تحله أكله فقد منعها الجمهور منه قولًا واحدًا، وقال أبو حامد الإسفراييني: على قولين، وما ذكره من الفرق هو قضية كلام الأصحاب، وتعليلهم منعه باعتقادها الإباحة، ولم يصب مَنْ جعل الفرق بين اليهودية والنصرانية وجهًا ضعيفًا؛ بل الصواب منع اليهودية قطعًا؛ ولهذا جعل بعضهم الخلاف في النصرانية، نعم، قال في «الشامل»: ظاهر كلام الشَّافِعِي أنه إن كان يتقذرها، وتعافه نفسه منعها منه، وإلا فلا لأنها تعتقد إباحته.

قلت: ولفظ نص «الأم»: ويمنعها أكل لحم الخنزير، إذا كان تقذر به، وعبارة «الانتصار»: وله منعها أكل لحم الخنزير على الصحيح؛ إذا كان يعافها إذا أكلته، قال الفوراني: في «العمد»: وله منعها من شرب الخمر وأكل الخنزير؛ فإن كان قليلًا بحيث لا يتأذى به، فوجهان.

إشارات: اعلم أن ما سبق في إجبارها على الغسل عن «الروضة» في دخول وقت الصلاة، وعدمه مشكل؛ لأن سلطانه عليها فيما يتعلق بحق الاستمتاع، لا فيما يتعلق بحق الله تعالى من الصلاة كما سيأتي، وإذا كان كذلك فلا فرق بينها وبين الكتابية، الظاهر إطلاق المصنف وغيره أنه لا فرق بين كون الكتابية رتقاء، أو قرناء، أو سليمة، ولا بين كون الزوج ممسوحًا أو مجبوبًا، ولا بين حالة إحرامه وعدمها، ولا بين المتخيرة، وغيرها، وهذه مواضع تأمل للفقيه، ولا بين كونها معتدة عن شبهة حصلت من أجنبي في دوام

وَتُجْبَرُ هِيَ وَمُسْلِمَةٌ عَلَى غَسْلِ مَا نَجُسَ مِنْ أَعْضَائِهَا.

الزوجية وغيرها، وفي إجبارها على الغسل في هذه الحالة بُعْد، كما في المحرم؛ لأنه ممنوع من الاستمتاع بها جملة.

قال القاضي أبو الطيب: ولا أعرف أحدًا من أصحابنا يفرق بين الحنفي، والشَّافِعِي يعني: في إجبارها على الغسل من الحيض، وإن كان أبو حنيفة يبيح وطأها، إذا انقطع دمها من غير غسل، قال: وإنما جاز للحنفي إجبارها؛ لأن له الاحتياط للوطء، انتهى.

فرع: يجري القولان في كل ما يمنع كمال الاستمتاع، وقيد القاضي أبو الطيب في «المجرد» والرَّافِعِي محل الخلاف بما إذا لم يتفاحش شيءٌ من ذلك حتى ينفر التواق، والأصح أن له منعها مسلمة كانت أو كتابية، ويجريان في أكل كل ما يتأذى بريحه كالثوم والكراث، وقيل: له المنع قطعًا، ويجريان في منع الكتابية من شرب القدر الذي يسكر من الخمر، وغيره من المسكرات، وفي منع المسلمة الحنفية من هذا القدر من النبيذ، وقيل: له المنع قطعًا؛ لعدم ضبطه، أما قدر ما يسكر، فله منع الجميع منه بلا خلاف، وله منعها من تناول السموم قطعًا، وكذا من أكل ما يخاف منه حدوث مرض على الأصح.

قال: (**وَتُجْبَرُ هِيَ وَمُسْلِمَةٌ عَلَى غَسْلِ مَا نَجُسَ مِنْ أَعْضَائِهَا**) أي: بلا خلاف كما قاله «المحرر» ليتمكن من الاستمتاع بها، كذلك علله الرَّافِعِي، وقضيته: أنه لا يجوز الاستمتاع بالعضو النجس، وفيه نظر؛ حيث لا يتولد منه تنجيس، والْمَاوَرْدِي علل بما يلحق من المشقة بالتنجيس.

إشارة: تخصيصه الأعضاء بالذكر قد يفهم؛ أنه لا يجبرها على غسل ما نجس من ثيابها، ولا شك أن له منعها من الثوب النجس قطعًا، وأما المتنجس فالوجه أنه إذا كانت النجاسة عينية تعاف أو يخاف تنجيسها، أو حكمية ولكن لها ريح كريه، أو تلاقي جسدها فتعرق فيه، أو تلاقي جسده، أو يكون أحدهما رطبًا؛ فله جبرها على غسله كما له منعها من أكل ثوم ونحوه من غير حاجة وتداوٍ، وله منعها من لبس ما له ريح كريه كأكل ما هو كذلك، وقال الْمَاوَرْدِي: له منعها من لبس ما كان نجسًا قولًا واحدًا، وفي منعها من لبس

وَتَحْرُمُ مُتَوَلِّدَةٌ مِنْ وَثَنِيٍّ وَكِتَابِيَّةٍ، وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

منتن الرائحة من بَخُورٍ وصَبْغٍ وسَهُوكَةِ طَعَامٍ قولان.

[وقال الماوردي:] وقال في «البحر» وأبو الطيب في «المجرد» قال في «الأم»: ليس له منعها من لبس شيء إلا جلد ميتة، أو جلد له رائحة كريهة ونتن، وعبارة الإمام: أو ثوبًا منتنًا يؤذيه ريحها فيمنعها منه.

قال: (**وَتَحْرُمُ مُتَوَلِّدَةٌ مِنْ وَثَنِيٍّ وَكِتَابِيَّةٍ**) أي: قولًا واحدًا؛ لأن الانتساب إلى الأب، وهو ممن لا يناكح.

(**وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَظْهَرِ**) تغليبًا للتحريم، والثاني: يحل؛ لأنها تنتسب إلى الأب، وهو كتابي، وما ذكرنا في الصورتين هو في حال الصغر، أما لو بلغت ودانت بدين الكتابي [من أبويها] فعن الشَّافِعِي ﵁ حل المناكحة والذبيحة.

قال الْبَغَوِي: واختلف الأصحاب، فقيل: بإثباته قولان، لأن فيه شعبة من كل منهما، وغلبنا التحريم؛ حيث كان تبعًا، فإذا استقل، واختار شعبة قويت على الأخرى، ومنهم من حمل ذلك على ما إذا كان أحد أبويه يهوديًا، والآخر نصرانيًا، فبلغ واختار دين أحدهما.

قال: والمذهب عدم إثباته، وعلى هذا يستمر إطلاق الكتاب لا على ما نقله الْبَغَوِي عن النص، ويوافق ما نقله قوله في الصيد، والذبائح من «الأم»، قال الشَّافِعِي في الغلام الذي أحد أبويه نصراني، والآخر مجوسي: يذبح ويصيد لا يؤكل صيده ولا ذبيحته، قال: فإذا بلغ فدان بدين أهل الكتاب، فهو منهم أُكلت ذبيحته، وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين كون الأب كتابيًا أو الأم، والرَّافِعِي نقل كلام «التهذيب»، وأن منهم من أثبته قولًا، ومنهم من لم يثبته وتأول، وسكت عن الترجيح، وقال في أوائل الصيد: وحكى الإمام تفريعًا على إلحاق هذا المتولد بالوثني وجهين فيما إذا بلغ ودان بدين أهل الكتاب، هل نحكم له بحكم أهل الكتاب؟ والأصح المنع، انتهى.

وهذا الترجيح خلاف هذا النص، وبه يرد التأويل السابق على ما إذا كان أحدهما نصرانيًا، والآخر يهوديًا.

وَإِنْ خَالَفَتْ السَّامِرَةُ الْيَهُودَ وَالصَّابِئُونَ النَّصَارَى فِي أَصْلِ دِينِهِمْ حَرُمْنَ، وَإِلَّا فَلَا.

قال: (**وَإِنْ خَالَفَتِ السَّامِرَةُ الْيَهُودَ، وَالصَّابِئُونَ النَّصَارَى فِي أَصْلِ دِينِهِمْ؛ حَرُمْنَ، وَإِلَّا فَلَا**) السامرة: طائفة من اليهود، وهم الذين أضلهم السامري وعبدوا العجل، ينكرون نبوة كل نبي، بعد موسى عليه السلام.

ويرون تحريم الخروج عليهم من الأردن، وفلسطين، وبيدهم توراة مخالفة لتوراة اليهود، وذكر ابن حزم من قبائحهم في تبديلهم التوراة شيئًا كثيرًا، والسامرة اليوم يخالفون اليهود وغيرهم في أشياء كثيرة.

وقال ابن معين [الصيدلاني][1] في «التنقيب على المهذب»: السامرة: فرقة من اليهود اعترفوا بنبوة موسى، وهارون، ويوشع بن نون - عليهم الصلاة والسلام - لا غير، وهم فرقتان: فرقة: يعترفون بالثواب والعقاب، وأخرى تقول: الثواب والعقاب في الدنيا فقط، انتهى.

وقد تردد قول الشَّافِعِي فيهم فالجمهور لم يجعلوا ذلك خلافًا؛ بل قالوا: ما ذكره المصنف من التفصيل، وحكوه عن نص «المختصر»، وغيره، قالوا: وحيث توقف إنما توقف؛ ليعرف مقالتهم، وقطع في موضع بحل مناكحتهم، وذبائحهم.

قال أبو إسحاق: إنما قطع بعد أن علم أنهم يوافقون على الأصول، انتهى.

وهذا من أبي إسحاق يدل على أن قطعه بالحل أحد الأمرين منه فيكون مذهبه، والأشبه التحريم إلا أن يثبت ما يقتضي الحل، قال الصيمري في «شرح الكفاية»: وأما الصابئة، والسامرة فلا يجوز مناكحتهم إلا أن يعلم أنهما لا يخالفان اليهود والنصارى في الفروع، ولا في الأصول، انتهى.

وأطلق بعض الأصحاب قولين في مناكحة السامرة، قال الإمام: ولا مجال للتردد في الذين يكفرهم اليهود، ويخرجونهم من ملتهم، نعم يمكن التردد في الذين ينزلونهم منزلة المبتدعة فينا، ولا يكفرونهم، قال: وليس هذا

---

(١) في نسخة: (ابن الجوزي).

....

تعريضًا بتحريم نكاح المبتدعة فينا، وإذا شككنا في جماعة أنهم يخالفونهم في أصول الدين، أو فروعه؛ لم نناكحهم، وما ذكره الإمام من القطع في نكاح المبتدعة فينا هو اختياره وغيره، من عدم تكفيرهم، وأما على طريقة أبي حامد، والأستاذ أبي منصور البغدادي، ومن تبعهما فيحرم، ولا شك أن منهم من يقطع بكفره، ومنهم عكسه، ومنهم مَنْ هو محل التردد، ويختلف الترجيح، قاله بعض الشارحين، وهو صحيح، ورأيت في «الناسخ والمنسوخ» لأبي منصور البغدادي، هذا أجمع أصحاب الشَّافِعِي، وأكثر المتكلمين من أصحاب الحديث على تحريم ذبائح أهل الأهواء من المعتزلة، والخوارج، والجهمية، والنجارية، وغلاة الروافض، والمشبهة القائلين فيه تعالى: بصورة وجسد، وفي نسخة منه: أكثر المتكلمين، وأصحابنا من أهل الحديث إلى آخره، وفي «الأسماء والصفات» له أجمع أصحابنا على تكفير المعتزلة، والخوارج، والنجارية، والجهمية، والمشبهة، وأجازوا معاملتهم في المعاوضات دون الأنكحة؛ فأما مناكحتهم وموارثتهم والصلاة عليهم، وأكل ذبائحهم فلا يحل شيء من ذلك، إلا الموارثة ففيها خلافٌ بين أصحابنا، قيل: لأقربائهم من المسلمين، وقيل: لأهل بدعتهم، انتهى.

وأما الصابئون فقسمان:

أحدهما: قوم يعبدون الكواكب، وهؤلاء هم المشهورون لهذا الاسم، وهم أقدم من النصارى بكثير، بُعث إليهم إبراهيم الخليل عليه السلام [وهم طوائف ينكرون نبوة أكثر الأنبياء المعروفين، وقيل: إن بعضهم يثبت نبوة إبراهيم عليه السلام].

والقسم الثاني: طائفة من النصارى، على ما يقال فنسبتهم إليه كنسبة السامرة إلى اليهود؛ فالكلام فيهم كالكلام في السامرة حرفًا بحرف، وأما القسم الأول فبعيدون من النصارى، وعجبٌ ذكر الأصحاب لهم فيهم، وقالوا: إنهم يقولون: إن الفلك حيٌّ ناطقٌ، وإن الكواكب السبعة هي المدبرة، وإن الخليفة القاهر استفتى الفقهاء فيهم فأفتاه الإصطخري بقتلهم، وإنهم بذلوا للقاهر أموالًا عظيمة فتركهم.

وَلَوْ تَهَوَّدَ نَصْرَانِيٌّ أَوْ عَكْسُهُ لَمْ يُقَرَّ فِي الْأَظْهَرِ، فَإِنْ كَانَتْ امْرَأَةً لَمْ تَحِلَّ لِمُسْلِمٍ، فَإِنْ كَانَتْ مَنْكُوحَتَهُ ....

قال شارح: ويخطر لي أن هؤلاء قوم من الفلاسفة، تظاهروا بالنصرانية، ولا شك أن اعتقاد الفلاسفة كان قبل ذلك بقليل، لمَّا عُربت الكتب القديمة في زمن المأمون، وشغف بها خلق، وكان المتعاطي كذلك من النصارى، فلعلهم اعتقدوا اعتقاد الفلاسفة من قدم العالم، والإيجاب الذاتي وغير ذلك، وهو مخالف لاعتقاد أهل الملل، ولا شك أنهم كفار لا يقرون بجزية؛ بل يقتلون إذا اعترفوا بذلك الاعتقاد إلا أن يسلموا، وفَصْلُ المقال في الصابئة أنهم إن وافقوا النصارى في أصول دينهم، ولم يخالفوهم إلا في الفروع، وإن دخلوا في دينهم قبل التبديل؛ أقروا بالجزية، وحلَّت ذبيحتهم ومناكحتهم، وإلا فلا.

فائدة: قيل: سموا صابئة؛ لأنهم نسبوا إلى صابئ عم نوح عليه السلام وقيل: لخروجهم من دين إلى دين، وكان الكفار يسمون الصحابة رضي الله عنهم صابئة؛ لخروجهم عن دينهم إلى الإسلام.

قال: **(وَلَوْ تَهَوَّدَ نَصْرَانِيٌّ أَوْ عَكْسُهُ لَمْ يُقَرَّ فِي الْأَظْهَرِ)** لقوله تعالى: **﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ﴾** [آل عمران: ٨٥]، ولأنه أحدث دينًا باطلًا بعد اعترافه ببطلانه، والثاني: يقر بالجزية؛ لتساوي الدينين في التقرير بالجزية، وكل منهما على خلاف الحق، وليس كالمسلم يرتد؛ لأنه ترك الدين الحق، وهذا ما صححه في «الشرح الصغير»، وقال في «الكبير»: أصح عند القاضي أبي حامد، وصاحب «التهذيب»، وكلامه يفهم ترجيحه أيضًا، وكذا فهمه عنه المصنف، ثم خالفه ووافق «المحرر»، وقضية بناء القاضي الحسين، والْمُتَوَلِّي، وغيرهما، الخلاف على أن الكفر ملة أو ملل يقتضي ترجيح الثاني، وبه صرح في «الكافي» إذ المشهور أنه ملة واحدة، والجمهور أطلقوا الخلاف من غير بناءٍ، ولا ترجيح.

قال مفرعًا على الأظهر: **(فَإِنْ كَانَتْ امْرَأَةً لَمْ تَحِلَّ لِمُسْلِمٍ)** كالمسلمة ترتد.

(فَإِنْ كَانَتْ مَنْكُوحَتَهُ) أي: منكوحة المسلم.

فَكَرِدَّةِ مُسْلِمَةٍ، وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا الْإِسْلَامُ، وَفِي قَوْلٍ أَوْ دِينُهُ الْأَوَّلُ، ....

(فَكَرِدَّةِ مُسْلِمَةٍ) أي: فتتخير الفرقة قبل الدخول، وتوقف بعده على انقضاء العدة.

قال: **(وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا الْإِسْلَامُ)** أي: عينًا؛ لأنه أقر ببطلان المنتقل عنه، وكان مقرًّا ببطلان ما انتقل إليه، والتفريع على أنه لا يقر عليه.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ: أَوْ دِينُهُ الْأَوَّلُ)** يعني: أنه يقبل منه إما الإسلام، وإما العودة إلى دينه الأول، وليس المراد أنا نأمره على هذا القول بأحد الأمرين؛ بل لا نأمره إلا بالإسلام؛ لكن لو لم يسلم وعاد إلى دينه الأول تركناه؛ إذ الباطل لا يؤمر به، ولا يخير بينه وبين الحق، هذا هو الصحيح، وعن ابن أبي هريرة أنه يجوز أن يدعى إلى الإسلام أو دينه الأول، وليس أمرًا بالكفر؛ بل إجبار على حكم الله تبارك وتعالى كما يدعوه إلى الجزية، وليس ذلك أمرًا بالبقاء على الكفر، ويشبه أن يقال: إنه لو كان يعلم أنه لو عاد إلى دينه قنعنا منه به أُمر بالإسلام عينًا؛ فإن رجع إلى دينه كففنا عنه، وإن كان يجهل ذلك فيدعى إلى الإسلام، ويقال له: لو عدت كففنا عنك.

قال الربيع في «الأم»: الذي أحفظ من قول الشَّافِعِي أنه قال: إذا كان نصرانيًّا فخرج إلى دين اليهودية، أنه يقال له: ليس لك أن تحدث دينًا لم تكن عليه قبل نزول القرآن، فإن أسلمت أو رجعت إلى الدين الذي كنا نأخذ منك عليه الجزية؛ تركناك، وإلا أخرجناك من بلاد الإسلام، ومتى قدرنا عليك قتلناك، انتهى.

وفي «النهاية» عن التعبير عن هذا القول، يحتاج إلى تأني، فلا يقال: هو مطالب بالإسلام، أو العود إلى التهود، فإن طلب ذلك كفر؛ ولكن الوجه أن يقال: هو غير مقر على التنصر المنتقل إليه، فيطالب بالإسلام، فإن عاد إلى التهود فهل يكف عنه؟ فيه قولان، وليس للانكفاف عنه إذا عاد إليه، ووجه عندي بأن ذلك الدين زال بتركه إياه، فعوده إليه انتقال منه إليه، ولو كنا نقرر على دين انتقل إليه لقررنا على التنصر، انتهى.

....

التفريع: إذا أتى إلى الإسلام على القول الأول، أو أحد الأمرين على الثاني، فقولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: يقتل كالمسلم يرتد، وذكر في «الذخائر» أنه الأصح.

قال الرَّافِعِي: وأشبههما بل يلحق بمأمنه كمن نبذ العهد إلينا، وهذا ما نص عليه في «الأم».

قال الإمام: إنه الظاهر، ونقله في باب عقد الذمة عن العراقيين.

قال الماوردي والقاضي أبو الطيب: هناك يمكن من قضاء حوائجه، وجمع ماله مدة الهدنة [شهرًا][(١)] أي: إن احتاج إلى ذلك، وهذان القولان هما المنقولان في الذمي؛ إذا نقض العهد، وعلى الأول إذا كان قد انتقل وهو حربي ثم أتانا طالبًا عقد الذمة، لا نعقدها على قولنا: لا يقر كالمرتد.

وكلام الماوردي يقتضي أن ذلك ليس بنقض للعهد؛ فإنه جزم في كتاب السرقة، أنه يقتل في الحال؛ لأن إبلاغ المأمن يلزم بانتقاض العهد، وليس هذا منه نقضًا للذمة، وهذا أقوى؛ لأن ناقض العهد باقٍ على دينه، فيبلغه مأمنه، وهذا قد بدل دينه، فصار كالمرتد والوثني فلا يقبل منه إلا الإسلام، أو السيف، وما نص عليه الشَّافِعِي قد يكون تفريعًا على القول الآخر، على أنه ينكل؛ لأنه إن كان على أنه يقر، فلِمَ يخرج من بلاد الإسلام!، وإن كان على أنه لا يقر، فلِمَ يبقَ!

وإن كان قولًا ثالثًا: بأنه لا يقر في بلاد الإسلام، ويخرج إلى مأمنه، ويكون ذلك من آثار عقد الذمة، ويبقى على حاله، فهو عجيب لا نظير له، ومرادنا بقولنا: «الإسلام أو السيف»: أنه إذا أبى الإسلام قتل في الحال، ولا يبلغ المأمن، كما يقتضيه كلام «الحاوي» و«الذخائر» والقول بأنه يبلغ المأمن مع القول بأنه لا يقر على ما انتقل إليه، ولا على ما كان عليه، لا أدري كيف هو؟! فإنه إذا جاء وطلب عقد الذمة، إن عقدناها له لزم التقرير، وإن لم

---

(١) في نسخة: (أربعه أشهر).

وَلَوْ تَوَثَّنَ لَمْ يُقَرَّ، وَفِيمَا يُقْبَلُ الْقَوْلَانِ، وَلَوْ تَهَوَّدَ وَثَنِيٌّ أَوْ تَنَصَّرَ لَمْ يُقَرَّ، وَيَتَعَيَّنُ الْإِسْلَامُ كَمُسْلِمٍ ارْتَدَّ.

وَلَا تَحِلُّ مُرْتَدَّةٌ لِأَحَدٍ، وَلَوْ ارْتَدَّ زَوْجَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَت الْفُرْقَةُ،

نعقدها فهو مقتول لا محالة، [هكذا قاله بعض الشارحين، وفي قوله: «وإن لم نعقدها مقتول لا محالة»] لعله فيما إذا دخل بلا أمان، ولا يجعل دخوله لذلك بمنزلة الأمان.

قال: **(وَلَوْ تَوَثَّنَ)** أي: اليهودي أو النصراني.

(لَمْ يُقَرَّ) أي: بلا خلاف؛ لأن أهله لا يقرون عليه.

(وَفِيمَا يُقْبَلُ الْقَوْلَانِ) **قلت**: وقضيته إن الراجح أنه لا يقبل منه إلا الإسلام، ورجحه الإمام، والعمراني في قول ثالث هنا: إنه يقبل منه العودة إلى ما يقر أهله عليه، وإن لم يكن هو دينه الأول؛ إذا ساوى المنتقل عنه؛ فإن تنصر اليهودي الآن وبالعكس، وهذا القول هو قياس ما رجحه الرَّافِعِي في المسألة الأولى، من التقرير على ما انتقل إليه؛ ولهذا قال في «الشامل»: قال القاضي أبو حامد: هذا أظهر الأقاويل، وادعى في «النهاية»، أنه أضعفها، قال: وهو مفرع على قولنا: إن اليهودي إذا تنصر يقر على تنصره.

قال: **(وَلَوْ تَهَوَّدَ وَثَنِيٌّ أَوْ تَنَصَّرَ؛ لَمْ يُقَرَّ)** لأنه كان ممن لا يقر [فلا يستعيد] بدخوله في دين باطل فضيلةً لم تكن، ولذلك الحكم لو تمجس.

قال: **(وَيَتَعَيَّنُ الْإِسْلَامُ كَمُسْلِمٍ ارْتَدَّ)** هذا الكلام يقتضي أنه إن لم يسلم قتلناه كالمرتد، والوجه أن يكون حاله كما قبل الانتقال، حتى لو كان له أمان لم يتغير حكمه بذلك، وإن كان حربيًا لا أمان له قبل أن يسلم وهذا واضح.

قال: **(وَلَا تَحِلُّ مُرْتَدَّةٌ لِأَحَدٍ)** أما للمسلم؛ فلأنها كافرة ولا تقر كالوثنية، وأما للكافر؛ لبقاء علقة الإسلام فيها؛ ولأنها أسوأ حالًا من الوثنية؛ لأن الرق يعصم دمها بخلاف المرتدة.

قال: **(وَلَوْ ارْتَدَّ زَوْجَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتْ الْفُرْقَةُ)** أي: بالإجماع كما قاله الماوردي، ولا فرق عندنا بين أن يرتدا معًا، أو على

أَوْ بَعْدَهُ وُقِفَتْ، فَإِنْ جَمَعَهُمَا الْإِسْلَامُ فِي الْعِدَّةِ دَامَ النِّكَاحُ، وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنَ الرِّدَّةِ وَيَحْرُمُ الْوَطْءُ فِي التَّوَقُّفِ وَلَا حَدَّ].

باب نِكَاحِ الْمُشْرِكِ

قال المصنف: [أَسْلَمَ كِتَابِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ وَتَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ دَامَ نِكَاحُهُ أَوْ وَثَنِيَّةٌ أَوْ مَجُوسِيَّةٌ

التعاقب، أو أحدهما فقط، وهذا حيث لا عدة أصلًا باستدخال ماء ونحوه، كما سبقت الإشارة إليه؛ إذ لا رابطة بينهما.

قال: (**أَوْ بَعْدَهُ وُقِفَتْ، فَإِنْ جَمَعَهُمَا الْإِسْلَامُ فِي الْعِدَّةِ دَامَ النِّكَاحُ، وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنَ الرِّدَّةِ**)؛ لأنه اختلاف دين طرأ بعد المسيس، فلم يوجب الفسخ في الحال؛ كإسلام أحد الزوجين الكافرين الأصليين.

واحتج الأئمة على أن ارتدادهما معًا كردة أحدهما، بأنها ردة طرأت على النكاح فتعلق بها الانفساخ، كردة أحدهما؛ ولأن ردتهما أفحش من ردة أحدهما، فأولى أن يتأثر بها النكاح بخلاف إسلامهما.

قال: (**وَيَحْرُمُ الْوَطْءُ فِي التَّوَقُّفِ وَلَا حَدَّ**) سواء كان هو المرتد أو هي، أما تحريم الوطء، فلتشعث النكاح بذلك، وإما عدم الحد فالشبهة، وهي بقاء أحكام النكاح، ولها مهر المثل بالوطء؛ فإن جمعهما الإسلام في العدة، فالنص هنا السقوط، وفي الرجعة إذا وطئها، ثم راجعها لا يسقط، والراجح تقرير النصين؛ لأن التشعث زال بالإسلام، ورجع النكاح على ما كان عليه بخلاف الرجعة؛ لنقصان عدد الطلاق، وبالله التوفيق.

قال الشارح: وهو: الكافر على أي ملة كان.

باب نِكَاحِ الْمُشْرِكِ

قال: (**أَسْلَمَ كِتَابِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ وَتَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ**) أي: فيجوز للمسلم ابتداء نكاحها على ما بيناه.

(**دَامَ نِكَاحُهُ**)؛ إذ له الآن أن ينكحها فدوامه أولى واحدة كانت، أو أربع.

(**أَوَ وَثَنِيَّةٌ أَوْ مَجُوسِيَّةٌ**) أي: وكل من يحرم نكاحها من الكوافر.

فَتَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتْ الْفُرْقَةُ، أَوْ بَعْدَهُ وَأَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ دَامَ نِكَاحُهُ، وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنْ إسْلَامِهِ، وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَصَرَّ فَكَعَكْسِهِ. وَلَوْ أَسْلَمَا مَعًا دَامَ النِّكَاحُ، ....

(فَتَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ؛ تَنَجَّزَتْ الْفُرْقَةُ)؛ إذ لا عدة، **(أَوْ بَعْدَهُ)** أي: وما في معناه مما تجب به العدة، كما مر ويأتي.

(وَأَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ دَامَ نِكَاحُهُ)؛ لما في سنن أبي داود، وصحيح ابن حبان وغيره، عَنِ ابْنِ عَبَّاس -رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمَا: «**أَنَّ امْرَأَةً أَسْلَمَتْ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ فَتَزَوَّجَتْ، فَجَاءَ زَوْجُهَا فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله: إِنِّي كُنْتُ أَسْلَمْتُ وَعَلِمْت بِإِسْلَامِي؛ فَانْتَزَعَهَا رَسُولُ الله ﷺ مِنْ زَوْجِهَا الثاني وَرَدَّهَا إِلَى زَوْجِهَا الْأَوَّل**»(١) وأشار ابن عبد البر إلى الإجماع عليه.

قال: **(وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنْ إسْلَامِهِ)** أي: وإن لم تسلم؛ بل أصرت حتى انقضت [المدة](٢) تبين حصول الفرقة من إسلامه، قال الشَّافِعِي: لا أعلم خلافًا في ذلك إلَّا شيء روي عن النَّخَعِيّ شذ فيه عن جماعة العلماء، ولم يتبعه عليه أحد، زعم أنها ترد إلى زوجها، وإن طالت المدة.

قال: **(وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَصَرَّ فَكَعَكْسِهِ)** يعني: إن كان قبل الدخول تنجزت الفرقة، أو بعده وقفت على انقضاء العدة؛ فإن أصر بأن حصول الفرقة من وقت إسلامها، ولا فرق هنا بين الكتابي وغيره، وفي كتب المذهب أن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة، والمرأة قبل الرجل، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة الآخر؛ فهي امرأته، وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما، وفي الآثار والسير ما يؤيده.

قال: **(وَلَوْ أَسْلَمَا مَعًا دَامَ النِّكَاحُ)** أي: سواء كان قبل الدخول أو بعده؛ لعدم المانع، وفي «السنن» عن ابن عباس - رضي الله عنهما -: «**أَنَّ رَجُلًا جَاءَ مُسْلِمًا عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ ثُمَّ جَاءَتِ امْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً، فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله: إِنَّهَا كَانَتْ أَسْلَمَتْ مَعِي فَرُدَّهَا عَلَيَّ؛ فَرَدَّهَا عَلَيْهِ**»(٣) صححه الترمذي، وابن حبان. قال

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٤٠) وابن حبان (٤٢٣٣).

(٢) في نسخة: (العدة).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٤٠) والترمذي (١١٧٢) وابن حبان (٤٢٣٣).

وَالْمَعِيَّةُ بِآخِرِ اللَّفْظِ. وَحَيْثُ أَدَمْنَا لَا تَضُرُّ مُقَارَنَةُ الْعَقْدِ لِمُفْسِدٍ هُوَ زَائِلٌ عِنْدَ الْإِسْلَامِ وَكَانَتْ بِحَيْثُ تَحِلُّ لَهُ الْآنَ، ....

ابن عبد البر وغيره: هو إجماع.

قال: **(وَالْمَعِيَّةُ بِآخِرِ اللَّفْظِ)**؛ لأن به يحصل الإسلام، لا بأوله، قال الشيخان: ولا نظر إلى أول اللفظ؛ لكن في «التتمة»: وإنما يتصور ذلك يعني: المعية، إذا افتتحا كلمة الإسلام معًا فرغا معًا، وقضيته اعتبار المعية في الطرفين، وهو غريب، ولذلك قال في «شرح التعجيز»: والاعتبار بالمعية في آخر كلمة الإسلام، قال المتولي: وفي افتتاحها أيضًا.

تنبيه: ما ذكر من أول الباب إلى هنا هو في الزوجين البالغين العاقلين فلا عبرة بإسلام الصغيرين استقلالًا على الصحيح، نعم، لو أسلم أبواهما فكإسلام البالغين في المعية، والترتيب سواء.

قال الْبَغَوِي والمتولي وشيخهم القاضي والخوارزمي: ولو أسلم [أبو] الصغير والزوجة البالغة معًا، بطل النكاح؛ لسبق إسلامها إسلام زوجها، ولا يخفى حكم المجنونين مما ذكر، قال الرَّافِعِي: لكن ترتيب إسلام الولد على إسلام الأب لا يقتضي تقدمًا ولا تأخرًا بالزمان، فلا يظهر تقدم إسلامها على إسلام الزوج.

قال قائل: ينبغي بناؤه على أن العلة الشرعية متقدمة على المعلول، أو مقارنة له، وفيه خلاف، والصحيح عندهم المقارنة، وعليه يتجه بحث الرَّافِعِي، والمختار التقدم، وعليه يتجه ما قاله القاضي الحسين وأتباعه، قال الْبَغَوِي وغيره: وإن أسلمت عقب إسلام الأب يبطل أيضًا؛ لأن إسلام الولد يحصل حكمًا، وإسلامها يحصل بالقول، والحكمي يسبق القولي، فلا تتحقق المعية.

قال: **(وَحَيْثُ أَدَمْنَا)** أي: وحيث حكمنا بدوام النكاح بينهما بعد الإسلام.

(لَا تَضُرُّ مُقَارَنَةُ الْعَقْدِ) أي: الواقع في الكفر.

(لِمُفْسِدٍ هُوَ زَائِلٌ عِنْدَ الْإِسْلَامِ، وَكَانَتْ بِحَيْثُ تَحِلُّ لَهُ الْآنَ) أي: بحيث

وَإِنْ بَقِيَ الْمُفْسِدُ فَلَا نِكَاحَ فَيُقَرُّ بِلَا وَلِيٍّ وَشُهُودٍ، وَفِي عِدَّةٍ هِيَ مُنْقَضِيَةٌ عِنْدَ الْإِسْلَامِ، ....

يجوز له الآن ابتداء نكاحها، إذا كانوا يرونه صحيحًا؛ فإن اعتقدوا فساده، فلا، هذا ما أجابا، وحكى الإمام عن شيخه: أنه قال مرة: يقرون على ما يرونه، فهم بمثابة نكاح الشبهة فينا، وإنما لا يقرون على ما يجرونه من قبيل النكاح عندهم.

قال الإمام: والذي أراه إنهم لا يقرون على ما اعترفوا بفساده، إذا كان فاسدًا في ديننا، وقال [العراقي][(١)] في «شرح المهذب»: إذا أسلموا على نكاح يعتقدونه فاسدًا، تردد فيه الشيخ أبو علي.

وقال الجويني: يقرون عليه إن اعتقدناه صحيحًا في شرعنا، وإن اعتقدناه فاسدًا فلا، انتهى.

وإنما قررناه على ذلك رخصة، و[تحقيقًا][(٢)] وقد أقرَّ ﷺ [من أسلم] من غير بحث، وخير بين الأختين من غير نظر إلى ابتداء نكاحها، وأمر من أسلم على أكثر من أربع بإمساك أربع منهن.

قال: (**وَإِنْ بَقِيَ الْمُفْسِدُ فَلَا نِكَاحَ**) أي: وإن بقي المفسد الذي قارن العقد في الشرك إلى وقت الإسلام؛ بحيث تكون محرمة عليه بنسب أو رضاع أو صهر أو بائن بالثلاث، ولم تنكح غيره أو ملاعنة، أو كانت عدة الغير باقية عند الإسلام، ونحو ذلك بحيث لا يجوز له الآن ابتداء نكاحها، ولا فرق هنا بين كون عدة الغير من نكاح أو وطء بشبهة على الأصح.

قال: (**فَيُقَرُّ بِلَا وَلِيٍّ وَشُهُود**) أي: خلافًا لزفر فقط؛ إذ لا مفسد عند الإسلام، ونكاحها الآن جائز.

(**وَفِي عِدَّةٍ هِيَ مُنْقَضِيَةٌ عِنْدَ الْإِسْلَامِ**) كجواز ابتداء نكاحها الآن، بخلاف ما لو كانت باقية، هذا هو المشهور المعروف، وفي «الحاوي» وجه أنهما لا يقران، وهو شاذ.

---

(١) في نسخة: (الْغَزَالِي).
(٢) في نسخة: (تحفيظ).

وَمُؤَقَّتٍ، إنْ اعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّدًا، وَكَذَا لَوْ قَارَنَ الْإِسْلَامَ عِدَّةُ شُبْهَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ،

قال: (**وَمُؤَقَّتٍ إنْ اعْتَقَدُوهُ**) أي: حالة العقد، (**مُؤَبَّدًا**) [فإن][1] اعتقدوه مؤقتًا فلا، سواء أسلما قبل تمام المدة أو قبلها؛ لأن نكاحها لا نكاح في اعتقادهم، وقبلها يرونه مؤقتًا، ومثله لا يجوز ابتداؤه، ويقر على ما وقع بإجبار غير الأب والجد، أو بإجبار البنت، وعلى من راجعها في القرن الرابع إذا اعتقدوا صحة الرجعة فيه؛ إذ لا مفسد عند الإسلام.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَارَنَ الْإِسْلَامَ عِدَّةُ شُبْهَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**) يعني: أن مقارنة [عقد][2] الشبهة الواقعة في دوام نكاحه للإسلام لا تؤثر على المشهور المنصوص في رواية الربيع، مثاله: أن يسلم الرجل فيطأ المرأة بشبهة ثم تسلم هي، أو تسلم هي أولًا، ثم توطئ بشبهة في زمن التوقف، ثم يسلم هو في العدة، فإن النكاح يستمر، ولا يؤثر فيه ذلك، ويتصور بما إذا تقدمت عدة الشبهة على إسلامهما، ثم أسلما، وهي باقية؛ لأن ذلك لا يؤثر، وقطع نكاح المسلم، فهاهنا أولى، ثم هذا فيما إذا كان وطء الشبهة ممن لا يحرمها عليه، أما لو كان كابنه وأبيه، فالظاهر أنه ينقطع النكاح، ولا يقر عليها كذا ظننته، ولم أره نصًّا هاهنا، ويحتمل أن يقال: ينظر إلى معتقدهم في ذلك، ويرتب عليه حكمه، فإن لم يكن في ذلك اعتقاد فلا شك في عدم التقرير؛ لأنَّا نظرنا إلى اعتقادهم رخصة، وتحقيقًا، وترغيبًا في الإسلام، ببقاء الزوجان على عصمة من أسلم من غير نظر إلى الشروط من قبل.

تنبيه: قوله: على المذهب، قاله في «الروضة» فأفهم نقل طريقين، ولم يقل الرَّافِعِي ذلك، ولا رأيتهما لغيره؛ بل نقل المشهور، ثم قال: وقيل: يندفع كما لا يجوز ابتداء النكاح في العدة، قيل: وجعله المذهب هنا استمرار النكاح يرد على جعله استدامة نكاح الشرك بعد الإسلام؛ كابتداء النكاح، ويعتذر عنه بأنه ليس ابتداء من كل وجه، فروعي معنى استدامة؛ لوجود صورتها، وأشير بهذا السؤال إلى ما رجحاه من أن الاختيار والإمساك، فالعقد

---

(١) في نسخة: (أو). (٢) في نسخة: (عدة).

لَا نِكَاحُ مَحْرَمٍ. وَلَوْ أَسْلَمَ ثُمَّ أَحْرَمَ ثُمَّ أَسْلَمَتْ وَهُوَ مُحْرِمٌ أُقِرَّ عَلَى الْمَذْهَبِ.

الجاري في الكفر جارٍ مجرى الابتداء، لا الاستدامة، ونقلا عن جماعة بناء هذه المسألة على ذلك، وقضيته ترجيح الاندفاع، وقد نتكلم على ذلك فيما بعد.

قال: (**لَا نِكَاحُ مَحْرَمٍ**) أي: فإنه لا يقر عليه؛ إذ لا يجوز نكاح المحارم، ولا ابتداؤه فاندفع بالإسلام، وسواء في ذلك محارم النسب، والرضاع، والصهر.

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَ ثُمَّ أَحْرَمَ ثُمَّ أَسْلَمَتْ**) أي: في العدة.

(**وَهُوَ مُحْرِمٌ؛ أُقِرَّ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأن عروض الإحرام لا يؤثر كما في أنكحة المسلمين، واعلم أن المنقول في المسألة طريقان:

إحداهما: القطع بالمنع، قال كثيرون: وهو القياس؛ لأنه لا يجوز ابتداء العقد في الإحرام، وتأول قائلها النص على ما إذا أسلم وأسلمن، ثم أحرم قبل الاختيار، كان له أن يختار في الإحرام؛ لأن حق الاختيار ثبت له.

والثانية: فيه قولان: أحدهما: المنع، وهو القياس، والثاني: التقرير، وله الاختيار على ما نص عليه، ونسبه الرَّافِعِي إلى اختيار الأكثرين؛ توجيهًا بأن عروض الإسلام لا تؤثر كما في أنكحة المسلمين، ولم أر مَنْ نقل طريقة قاطعة بالتقرير كما أفهمه كلام «المنهاج»؛ وكأنه أخذه من قول الرَّافِعِي: إنه اختيار الأكثرين، وفيه نظر على أن قضية كلام القاضي أبي الطيب في «المجرد»، والمحاملي، وابن الصباغ ترجيح المنع، وممن رجحه الأنماطي، وابن سلمة، وصاحب «الإفصاح»، والجرجاني في «الشافي» والقفال من المراوزة.

وقال ابن أبي عصرون [في «الانتصار»]: إنه ظاهر المذهب، ولم أر مَنْ رجَّحَ من العراقيين الجواز إلا الماوردي.

[**فإن قلت**َ: لو أسلمت ثم أحرمت ثم أسلم في العدة، فما الحكم؟

قلتُ: لم أر فيه نقلًا، والظاهر أنه كما في صورة الكتاب وأولى].

وَلَوْ نَكَحَ حُرَّةً وَأَمَةً وَأَسْلَمُوا تَعَيَّنَتِ الْحُرَّةُ وَانْدَفَعَتْ الْأَمَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

فإن قلت: هل يفترق الحال في هذه الصورة؟ وصورة مقارنة عدة الشبهة من الغير الإسلام بين كون العقد الواقع في الشرك عليها وقع على ما يصح مثله في الإسلام من عقده بمحضر شهود مسلمين وولي، ولفظه المعتبر أم لا فرق.

قلت: لم أرهم تعرضوا لذلك؛ بل أطلقوا، والظاهر الذي يجب القطع به أنه إذا جرى في الشرك مجتمع الشرائط المعتبرة في الإسلام، لم تؤثر فيه مقارنة الإحرام والعدة؛ لأنهما لا يتنافيان دوام نكاح المسلم فالكافر أولى؛ لما عُلم من الشرع عن المسامحة من أنكحتهم والعفو عنها؛ ترغيبًا في الإسلام، وإن جرى العقد على وجه الفساد كما هو الغالب، ثم زال المفسد وطرأ إحرام أو عدة بشبهة، فهذا محل التردد، وإنما أطلق الأئمة؛ لأن وقوع النكاح في الشرك بالشرائط المعتبرة في الإسلام نادر.

قال: **(وَلَوْ نَكَحَ حُرَّةً وَأَمَةً وَأَسْلَمُوا)** [أي: بلا تفهم].

(تَعَيَّنَتِ الْحُرَّةُ وَانْدَفَعَتْ الْأَمَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: سواء نكحهما معًا أو مرتبًا، وكما يندفع نكاح الأمة بالحرة الطارئة يندفع باليسار الطارئ؛ إذا قارن الإسلام، ولو اقترن اليسار بالعقد الجاري في الشرك، ودام إلى الإسلام بالاندفاع أولى، ولو أسلمت الحرة معه وحدها ثبت نكاحها، واندفع نكاح الأمة، وسيأتي كلام المصنف على المسألة، فيما إذا تقدم إسلام الحرة وبالعكس، والغرض هنا بيان كون الحرة دافعة للأمة، وأنه يعطي حكم الدوام في ذلك حكم الابتداء، بخلاف ما نذكره من مقارنة الإحرام وعدة الشبهة، وفرق الرَّافِعِي بأن نكاح الأمة يعدل إليه عند تعذر نكاح الحرة، والإبدال أضيق حكمًا من الأصول؛ فلذلك غلبنا هنا شائبة الابتداء.

تنبيهات: الأول: أطلق الأئمة اندفاع الأمة سواء أسلموا معًا، أو تقدَّمت الأَمَةُ، واجتمعوا على الإسلام في العدة، ويشبه أن محله ما إذا كانت الحرة صالحة للاستمتاع، أما لو لم تكن كذلك، فقلنا: بالأصح فيما سبق أنها لا تمنع نكاح الأمة، وكان الزوج ممَّن له نكاح الأمة حال إسلامهم فاندفاع الأمة بعيدٌ، والظاهر أنها لا تندفع.

وَنِكَاحُ الْكُفَّارِ صَحِيحٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَقِيلَ: فَاسِدٌ، ....

الثاني: اعلم أن الذي نص عليه الشَّافِعِي، وتبعه الأصحاب في الطريقتين، أنهم إذا أسلموا معًا اندفاع الأمة، ولم أر فيه خلافًا، وحكى الرَّافِعِي: أن بعضهم خرج اندفاعها على قولين، قال: وينتسب إلى اختيار القاضي الحسين، انتهى.

والموجود في «تعليقه» موافقة الأصحاب، وعلى إثبات الخلاف جرى في «المنهاج» بقوله: على المذهب، وفي ثبوت الخلاف نظر.

قال: (**وَنِكَاحُ الْكُفَّارِ صَحِيحٌ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص في مواضع من «الأم» وغيرها؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱمْرَأَتُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٩] وقوله: ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ ﴿٤﴾﴾ [المسد: ٤] وروى البيهقي (٢/ ٤٢٠) مرفوعًا «**ولدت من نكاح لا من سفاح**»[1] وليتهم سكتوا عن هذا الاستدلال؛ ولأنهم لو ترافعوا إلينا لم نبطله قطعًا، وإذا أسلموا لأقررناهم، والفاسد لا ينقلب صحيحًا، ولا يقرر عليه، والعبارة المحررة: أنها إن وقعت على وفق الشرع قيل: هي صحيحة، وإلا قيل: إنها محكوم لها بالصحة [كما عبر الرافعي، ولا يقال: إنها صحيحة؛ لأن الصحة حكم شرعي ولم يرد به؛ ولكنها محكوم لها بالصحة] رخصةً وعفوًا من الله تعالى.

قال: (**وَقِيلَ: فَاسِدٌ**) أي: لكن لا نفرق بينهم إذا ترافعوا إلينا؛ رعايةً للعهد والذمة، وإذا أسلموا نقرهم تخفيفًا، وعفوًا، وهذا التوجيه يبين أن عدم التفريق هو فيما إذا ترافعوا إلينا في شيءٍ آخر من لوازم [عقد النكاح] غير صحته وفساده، أما لو ترافعوا إلينا في ذلك، ورضوا بحكمنا حكمنا بينهم بما يقتضيه شرعنا لا محالة، وهذا القول؛ قال سليم: إنه ظاهر المذهب.

قال الشَّافِعِي في «سير الواقدي»: فأصل نكاح الكفار كله فاسد؛ سواء كان بشهود أو بغير شهود، وقال في باب «من أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة»: ليس من عقد الجاهلية صحيح؛ لأنه شهادة أهل الشرك؛ لكنه معفو عنه

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٣٠٣، رقم ١٣٢٧٣) والبيهقي (٧/ ١٩٠، رقم ١٣٨٥٥).

وَقِيلَ: إِنْ أَسْلَمَ وَقُرِّرَ تَبَيَّنَّا صِحَّتَهُ، وَإِلَّا فَلَا.

لهم، كما عفا عما مضى من الزنا.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ أَسْلَمَ وَقُرِّرَ؛ تَبَيَّنَّا صِحَّتَهُ، وَإِلَّا فَلَا**) وإلى هذا مال ابن الحداد والإمام والغزالي هنا، وليس بعيدًا من كلام الشَّافِعِي؛ لكن القول به في أنكحة الكفار من رأس بعيد، ولا نعرفه الآن إلا في كلام الْغَزَالِي والرافعي؛ لأن الكلام في أنكحتهم سواء اتصل بها إسلام أم لا.

تنبيهات: منها: عبارة «المحرر»: ثلاثة أوجه أو أقوال، و«الشرح الصغير» أقوال وأوجه، و«الكبير» أوردها الغزالي أقوالًا، وأكثر مَنْ أوردها نقل الوجوه.

ومنها: قال الرافعي: في أنكحتهم ثلاث مقالات فذكرها، ثم قال: ومن الأصحاب من يقطع بصحتها، ويبقي الخلاف، انتهى.

قال الماوردي: إذا تناكحوا في الشرك فلا اعتراض عليهم فيها، فإن أسلموا فالمنصوص في أكثر كتبه جواز مناكحتهم، وإقرارهم عليها بعد الإسلام، وقال في بعض كتبه: مناكحتهم باطلة، وقال في موضع آخر: إنها معفو عنها، فغلط بعض أصحابنا، فخرج المنصوص على ثلاثة أقاويل، والذي عليه جمهورهم حملها على أحوال فنص صحة محمول على ما إذا تزوج بولي، وشاهدين، ولفظ النكاح، وليس بينهما نسب يوجب التحريم، ونص البطلان محمولٌ على ما إذا تزوج من تحرم عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة، فهو باطلٌ، وإذا أسلم لا يقر عليه، ونص العفو محمول على ما إذا تزوج من لا تحرم عليه من غير ولي، ولا شهود، ولا لفظ نكاح، ولا تزويج، انتهى.

ومنها: اعلم أن نُسَخ «المحرر» مختلفةٌ، فبعضها موافق «للمنهاج» في الترجيح، وبعضها عبارته: الأنكحة الجارية في الكفر صحيحة كانت أو فاسدة لا يُحكم فيها بصحة ولا فساد، فإذا أسلموا فما يقرون عليه يتبيَّن صحته، وما لا يتبيَّن فساده، أو هي صحيحة أو فاسدة ثلاثة أوجه أو أقوال: أصحها: الأول، ومن هذه النسخ اختصر الْبَاجِيُّ «تحريره» فقال: وأنكحة الكفار لا حكم لها، فإذا أسلموا فالصحيح يتبيَّن صحة ما يقرون عليه، وفساد غيره؛ لكن عبارة

....

«إيجاز المحرر» «كالمنهاج»، وعبارة «تهذيب المحرر» وما أحسبه، فقيل: نحكم بصحة أنكحتهم حتى لو طلقها ثلاثًا، ثم أسلما وجب المحلل، انتهى.

فيجوز أن يكون جنح في «المحرر» إلى ترجيح الوقف؛ لميل من ذكرنا إليه؛ لكن الموافق «للشرحين» و«الروضة» ما اختصر منه المصنف، ومن ذكرناه.

ومنها: كلام المصنف يقتضي جريان الخلاف في أنكحتهم مطلقًا.

وقال في «الروضة»: [الصواب] أن الخلاف مخصوص بالعقود التي نحكم بفساد مثلها في الإسلام أي: كما هو قضية كلام المتولي وغيره، كما قاله الرافعي، لا في كل عقودهم، وهو كما قال: فلو عقدوا عقدًا على وفق الشرع وشروطه المعتبرة؛ فهو صحيح بلا خلافٍ، ومن ظن فيه خلافًا فغالط.

وحكى الرافعي عن «النهاية»: أن من يحكم بالفساد يلزمه ألا يفرق بين ما عقدوه بشروطنا وغيره، والمصير إلى بطلان نكاح عقدوه على وفق الشرائع كلها، مذهب لا يعتقده ذو حاصل، وصوبه الشيخ كما تقدم، وليس في كلام الإمام إثبات نقل، وإنما ألزم إلزامًا لهم الانفصال عنه بأن الظاهر إخلالهم بالشروط، فإن تصور علمنا باجتماعها؛ حكمنا بالصحة قطعًا، قد يفهم طرد الخلاف مما نقله الماوردي عن بعضهم من [التخريج](١) ولعل القائل بالفساد مطلقًا تعلق بظاهر ما سبق، عن «سير الواقدي» ويتعين حمله على غير هذه الصورة قطعًا.

ومنها: قال بعض الشارحين: قال مالك: أنكحة أهل الشرك باطلة، ولا يتعلق بها شيءٌ من أحكام النكاح الصحيح.

قال في «البيان»: وحكاه أصحابنا الخراسانيون قولًا للشافعي، ونسبه المتولي إلى «القديم»، والقول بالفساد مطلقًا، وأنه لا تتعلق به أحكام النكاح؛ لا يعرف للشافعي؛ بل نص في كتبه على وقوع الطلاق الثلاث، وحصول التحليل بإصابة الذمي، ولا نزاع عندنا في رجم الذمي المحصن؛ إذا زنا، وقد

---

(١) في نسخة: (من الترجيح).

فَعَلَى الصَّحِيحِ لَوْ طَلَّقَ ثَلَاثًا ثُمَّ أَسْلَمَا لَمْ تَحِلَّ بِمُحَلِّلٍ.

فعله ﷺ(١) وشرط الإحصان الإصابة في نكاح صحيح.

قال الشافعي: وإن أطلق على كل أنكحتهم اسم الفساد [لم يرد به أنه لا تتعلق بها أحكام النكاح كما فرع الرافعي وبعضهم على قول الفساد؛ بل] مراده أنها فاسدة معفو عنها تُعطي حكم الصحيح، فاعلم.

ومنها: أنكر بعض الشيوخ في «شرحه» استدلال الأصحاب بحديث: «**ولدت من نكاح لا من سفاح**»(٢) [وقال: هو] غير مرضٍ لأمرين:

أحدهما: تبرئة نسبه عن ذكره في هذا المقام.

والثاني: أن الأنكحة التي في نسبه ﷺ [كلها مستجمعة شروط الصحة كأنكحة الإسلام] فاعتقد هذا بقلبك وتمسك به ولا تزل عنه؛ فتخسر الدنيا والآخرة، ولم يقع في نسبه ﷺ منه إلى آدم عليه السلام إلا نكاح مستجمع لشرائط الصحة كنكاح الإسلام اليوم، انتهى.

قال: (**فَعَلَى الصَّحِيحِ: لَوْ طَلَّقَ ثَلَاثًا ثُمَّ أَسْلَمَا؛ لَم تَحِلّ إلا بِمُحَلِّلٍ**) هذا تفريع صحيح، سواء اعتقدوا هم وقوع الطلاق أم لا، كما يحكى عن الصيدلاني؛ لأننا نعتبر حكم الإسلام.

واعلم أن كلام المصنف هذا يفهم أنه لا يقع الطلاق على الوجهين الآخرين، وهما الفساد والوقف، وفيه نظر، أما إذا فرعنا على فساد أنكحتهم فطلق ثلاثًا، ثم أسلما؛ قال الرافعي: فالطلاق في النكاح الفاسد لا يحوج إلى المحلل، وفي «الإبانة» إنه القياس، وفيه وجه آخر: أنها لا تحل إلا بعد زوج، وهذا ما اختاره الإمام، وأرسل الفوراني الوجهين في «العمد» فقال: وإن قلنا: لا حكم لأنكحتهم، ففيه وجهان، وسبق في التنبيه الخامس ما يفهم إنكار ذلك ورده، ومال ابن الرفعة إلى أنا إذا قلنا: بالفساد إنه يتبع إلى وقوع الطلاق

---

(١) كما في الصحيحين البخاري (٣٦٣٥)، ومسلم (١٦٩٩): «أن النبي ﷺ رجم اليهوديين الزانيين».

(٢) تقدم تخريجه.

وَمَنْ قُرِّرَتْ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ.

موجب اعتقادهم، فإن كانوا يرونه واقعًا حكمنا بوقوعه، وإن كانوا يعتقدونه غير واقع، كما يحكى عن النصارى؛ فيجزم على هذا القول بعدم الوقوع نظرًا إلى اعتقادهم، واعتقادنا جميعًا، انتهى.

وأما إذا فرَّعنا على قول الوقف فقد أطال ابن الرفعة الكلام فيه، والظاهر أنه يقع في كل عقد يقر عليه في الإسلام، وذلك موجود في كلام الأصحاب، وحكوا عن ابن الحداد في طلاق إحدى الأختين في الشرك: أنه يختار بعد الإسلام، ويقع على مَنْ يختارها لو لم يقع الطلاق، وقالوا: إنه قال ذلك بناءً على قول الوقف.

فرع: لو طلقها في الشرك ثلاثًا، ثم نكحها في الشرك من غير محلل، ثم أسلما رُدَّ نكاحهما، نص عليه في «الأم».

قال: (**وَمَنْ قُرِّرَتْ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ**) اجعل هذا كلامًا مستأنفًا، وإن أفهم عطفه تفريعه على الصحيح كالصورة قبله، فإنه ليس كذلك؛ بل على كل قول من قررنا نكاحها، استحقت المسمى الصحيح، ولا ريب فيه على قول الصحة والوقف، وأما على قول الفساد فموضع نظر يحتمل أن يقال به، وهو ظاهر كلامهم؛ لأنه لا خلاف نعلمه أنه لا يبتدئ عقدًا، فالذي قررناه ثبت له حكم الصحة من حين الإسلام، وإذا كانت قد جرت تسمية صحيحة، فكما ثبتت الصحة للنكاح؛ نثبتها للمسمى، فإن كانت قبضته، وإلا فلها المطالبة به، ويحتمل أن يقال: يعدل إلى مهر المثل، ويكون وجوبه من حين التقرير.

وقد قال العبادي، والهروي، وشريح الروياني وغيرهم، كما سلف في كتاب الإجارة: كل عقد فاسد؛ يسقط فيه المسمى إلا في مسألة وهي: ما إذا عقد الإمام الذمة مع الكفار، على سكنى الحجاز؛ فسكنوا، ووجب المسمى، فقضيته هذا الحصر؛ أنه يجب هنا مهر المثل لا المسمى، وأبدى شارح احتمالًا ثالثًا: أنه لا يجب شيء؛ لأن التقرير قد حصل على استحقاق الوطء، كما يقوله فيما إذا نكحوا نكاح تفويض، وهم يعتقدون ألا مهر؛ فإنه لا يقم دليل على استحقاق وجوب المهر في هذه الصورة، وقام دليل على استمرار

وَأَمَّا الْفَاسِدُ كَخَمْرٍ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فَلَا شَيْءَ لَهَا، ....

النكاح فيعمل بالمحقق دون المشكوك فيه، انتهى. وقضية إطلاق الأئمة الاحتمال الأول.

قال: (**وَأَمَّا الْفَاسِدُ كَخَمْرٍ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فَلَا شَيْءَ لَهَا**) أي: لانفصال الأمر بينهما، وانقطاع المطالبة قبل الإسلام، وما مضى في الكفر لا يتبع، هذا هو المذهب، وفي قول: لها مهر المثل؛ لفساد القبض الواقع في الشرك.

تنبيه: قضية كلامه، أن الحكم ما أطلقه في كل فاسد قبضته قبل الإسلام، وليس كذلك؛ بل لو أصدقها حرًا مسلمًا، ثم أسلما بعد قبضه أُزيلت يدها عنه، ولها مهر المثل، قال الرافعي: هكذا ذكروه، وقياس ما سبق أي: من إراقة الخمر المقبوضة أن يخرج من يدها، ولا يرجع بشيءٍ، انتهى.

وهذا ما يفهمه إطلاق «المنهاج»؛ لكن ما ذكروه نص عليه الشافعي، فقال في «سير الواقدي» من «الأم»: ولو تزوج الحربي حربية على حرامٍ من خمر أو خنزير فقبضته، ثم أسلما؛ لم يكن لها عليه [مهر المثل، ولوً أسلما ولم يقبضه؛ كان لها عليه] مهر مثلها، ولو تزوجها على حر مسلم أو مكاتب لمسلم، أو عبد لمسلم، ثم أسلما، وقد قبضت أو لم تقبض؛ لم يكن لها سبيل على واحد منهم، وكان الحر ومن بقي مملوكًا لمالكه، والمكاتب مكاتب لمالكه، ولها مهر مثلها في هذا، انتهى.

وكان الفرق أن هذه الأشياء لا يقرون عليها بحال، فلا نظر إلى اعتقادهم فيه مع كون الحق للغير بخلاف الخمر، ونحوه، فإنهم يقرون عليه في حال ويختصون بها؛ فلذلك اعتبر قبضها له، وإلى نحو هذا الفرق، أشار في «الكافي» فقال: لو نكحها على خمر أو خنزير، فأسلما وترافعا إلينا بعد القبض لم يجب شيء آخر، أو قبل القبض وجب مهر المثل، ولو نكحها على حرٍّ مسلم استرقوه، ثم أسلما أو ترافعا إلينا يجب لها مهر المثل بكل حال؛ لأن الفساد في الخمر والخنزير بحق الله تعالى، فجاز أن يعفى عنه، وهاهنا بحق المسلم فلا يجوز فيه العفو، انتهى.

وَإِلَّا فَمَهْرُ مِثْلٍ، وَإِنْ قَبَضَتْ بَعْضَهُ فَلَهَا قِسْطُ مَا بَقِيَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ.

والظاهر أن ذكر المسلم مثال حتى لو كان المأسور ذميًّا من دارنا، أو عبدًا له أو مكاتبًا له فالحكم ما مرَّ، بقي هاهنا شيء لم أرَ فيه نصًا، وهو أنه لو كان قبضها الخمر ونحوه في حال صغرها، أو جنونها، أو سفهها، أو قبضته مكرهة، هل يكون ذلك كالعدم حتى يقضي لها بمهر المثل على المذهب بعد الإسلام، أو عند الترافع إلينا، أو يكون كقبض الكبيرة الرشيدة، أو يقال: إن اعتبروه فلا مهر وإلا وجب؟ هذا موضع تأمل.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم تقبضه قبل الإسلام.

(**فَمَهْرُ مِثْلٍ**) أي: على المشهور؛ ولأنها لم ترض إلا بمهر، والمطالبة بالخمر ونحوه في الإسلام ممتنعة، فيرجع إلى مهر المثل؛ كما لو نكح على حر، وفي قولٍ: لا شيء لها؛ لأنها رضيت بالخمر، فلا يطالب بغيره، ولا مطالبة به في الإسلام.

إشارة: قوله: «وألا» يشمل ما إذا لم يكن قبضته في الشرك، وما إذا قبضته بعد الإسلام؛ سواء كان ذلك بعد إسلامها أو إسلام أحدهما؛ كما نصَّ عليه في «الأم»، والظاهر أن قبض وليها لها كقبضها إن كانت محجورةً، أو كان بإذنها، وسواء في ذلك الخمر المعينة، والتي في الذمة عندنا، واعلم أن الخمر المعينة، والتي في الذمة عندنا في ثبوت القول إنه لا شيء لها نظر؛ فإنه عزي إلى «سير الواقدي»، وليس فيها إلا ما ذكرته، وهو الموجود في مشاهير كتب الأصحاب، والظاهر أن قائله جعله مع قوله: ولو تزوجها على حر مسلم، اختلاف نص يرشد إليه قول «البسيط»: إن صاحب «التقريب» حكى عن «سير الواقدي» نصوصًا مضطربة، واستخرج منها طريقين: أحدهما: إن قبضته فلا شيء لها، وإلا فقولان، والثانية: إن لم تقبض فلها المطالبة، وإن قبضت فقولان، انتهى. وقد ذكر الفرق بين الخمر ونحوه، والحر وماله، وعليه الجمهور.

قال: (**وَإِنْ قَبَضَتْ بَعْضَهُ فَلَهَا قِسْطُ مَا بَقِيَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ**) إذا قبضت بعض

....

الفاسد من خمر ونحوه، ثم أسلما أو أحدهما؛ فليس لها قبض الباقي منه، لما ذكرناه في قبض الجميع؛ بل لها قسط الباقي من مهر المثل المتعذر قبضه، واستقر مقابل المقبوض بالقبض في الشرك فلم يرجع، ثم إن كان المقبوض من جنس واحد، لا تعدد فيه كأن أصدقها زق خمر؛ فقبضت نصفه أو ثلثه قسطًا بالنسبة، وإن تعدد كزقي خمر قبضت أحدهما، فإن تساويا قدرًا فذاك، وإن تفاوتا، فهل ينظر إلى العدد أو إلى القدر؟ وجهان: أقيسهما الثاني، وعلى هذا قال الأكثرون، يعتبر الكيل، وقيل: الوزن؛ لأنه أحصر، كذا قال الرافعي، وفي تحقق الخلاف فيه نظر، والظاهر أن المقصود التمثيل، ومعرفة القدر، وكذلك قال الإمام: يعتبر الوزن إن أمكن الوصول إليه، أو الكيل، وفيما إذا أصدقها خنازير، أو كلاب، أو من جنسين، فروع منتشرة، أعرضنا عنها اختصارًا، ولا يغفل هنا عما أسلفناه في قبض كله وعكسه وقياسه هنا.

تنبيهات: الأول: لا فرق في قبضها المهر الفاسد، قبل الإسلام بين كونه بتراضيهما، أو يحكم حاكمهم بقبضه أو إقباضه، وفي قولٍ: لا عبرة بالإقباض الصادر عن الحكم، نعم لو استقلت [بالقبض] من غير إقباض، ولا حكم، احتمل أنه كالحكم، واحتمل خلافه؛ لاعتقادهم صحة الحكم، وقد لا يعتقدون صحة الاستقلال، ويقوى هذا فيما إذا لم يكن معينًا، وقضية إطلاق المصنف الصحة؛ فإنه قال: فإن قبضته، وهو يشمل الأقوال الثلاث، وما أسلفناه في القبض الفاسد عندهم، نعم قد يقال: غير المعين [لا يقال] فيه قبضته؛ لأنه لم يتعين لها.

الثاني: قضية إطلاق «المنهاج» وغيره أنهما إذا أسلما قبل التقابض، أن لها المطالبة بالمسمى الصحيح، وبمهر المثل في المسمى الفاسد من غير فرق بين حالة وحالة، وقال القاضي الحسين عند الكلام فيما إذا قهر حربي حربية وقصد به النكاح: فأما إذا تزوجها، أو اعتقدها عين ماله، وامتنع من تسليمها إليها، ثم أسلما قبل القبض؛ فإن قصد بالمنع التملك، فقد برئت ذمته عنده وإلا فلا، انتهى.

وَمَنْ انْدَفَعَتْ بِإِسْلَامٍ بَعْدَ دُخُولٍ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ إنْ صُحِّحَ نِكَاحُهُمْ، وَإِلَّا فَمَهْرُ مِثْلٍ أَوْ قَبْلَهُ ....

وفي «عمد الفوراني»: ولو نكحها بلا صداق، أو أصدقها شيئًا غير أنه منعها إياه وغلبها؛ فإذا أسلما فلا صداق لها، نص عليه، انتهى.

فيجب تقييد إطلاقهم بغير حالة قصد التملك، والغلبة على المهر، وهو في المسمى الصحيح المعنى واضح، وأما لو كان في الذمة، أو كانت التسمية فاسدة، فيحتمل أن يقال: إن قصد تملك المسمى الفاسد قهرًا، فلها طلب مهر المثل؛ لأنه مالها لا ماله، وإن علم الفساد، أو كان في الذمة، وقصد المنع الكلي، والغلبة على ما في ذمته، فهل يكون ذلك كالمعين الصحيح أو لا؟ فيه احتمال ظاهر.

قال: (**وَمَنْ انْدَفَعَتْ بِإِسْلَامٍ بَعْدَ دُخُولٍ؛ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ إنْ صُحِّحَ نِكَاحُهُمْ**) لاستقراره بالدخول، نعم لو كان قد غلبها عليه في الشرك، وتملكه، فقياس ما سبق عن النص والقاضي أنه لا شيء لها.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يصح نكاحهم، وكان قد سمى فاسدًا كخمر ونحوه.

(**فَمَهْرُ مِثْلٍ**) عملًا بالقاعدة. أما لو نكحها تفويضًا وعندهم لا مهر للمفوضة، ثم أسلما فلا مهر، وإن كان قبل المسيس؛ لأنه سبق استحقاق وطء بلا مهر، وفي «تجربة الروياني» أنه لو نكحها بغير صداق واعتقادهم أنه لا يجب أصلًا، وإن دخل بها فلا صداق لها في الإسلام، نص عليه الشافعي، وقال بعض أصحابنا: إن دخل بها وهو حربي فلا مهر؛ لأن الإتلاف حصل من الحربي، وإن دخل بها في الإسلام لزم المهر، وظاهر النص عدم الفرق، وذكر القفال أنه نص على التسوية، وهو غريب صحيح، انتهى.

إشارة: يأتي هنا الفرق بين حالتي قبضه قبل الإسلام وبعده، وما إذا لم يقبضه أو بعضه كما سبق، فيمن قرر نكاحها، والتفصيل السابق في التسمية الفاسدة.

قال: (**أَوْ قَبْلَهُ**) أي: اندفعت قبل الدخول.

وَصُحِّحَ، فَإِنْ كَانَ الِانْدِفَاعُ بِإِسْلَامِهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا، وَبِإِسْلَامِهِ فَنِصْفُ مُسَمًّى إِنْ كَانَ صَحِيحًا، وَإِلَّا فَنِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ.

(**وَصُحِّحَ**) أي: وفرعنا على صحة نكاحهم.

(**فَإِنْ كَانَ الِانْدِفَاعُ بِإِسْلَامِهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا**) أي: على المشهور؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها، والثاني: لها نصف مهر؛ لأنها محسنة بالإسلام وكان من حقه موافقتها؛ فإذا امتنع نسب الفراق إلى تخلفه، وفي ثبوت هذا القول نظر؛ فإنه نسب إلى «سير الواقدي»؛ حيث ذكر فيه كلامًا يفهم التردد.

قال البيهقي: هو كلام قاله على غيره، قصد به إبطال مذهبه دون تعليق القول فيه، وهو كما قال، فإنه قال في آخر كلامه: ولا يشبه هذا من العلم شيئًا، نعم حكى وجهًا عن القفال، واعلم أن هذا الحكم ليس من تفاريع قول الصحة، وخاصةً كما هو ظاهر كلامه؛ بل لا شيء لها على كل قول، وكان ينبغي أن يؤخر قوله، ويصححه فيقول: أو قبله؛ فإن كان الاندفاع بإسلامها، فلا شيء لها، أو بإسلامه، وصحح إلى آخره.

قال: (**وَبِإِسْلَامِهِ فَنِصْفُ مُسَمًّى إِنْ كَانَ صَحِيحًا**) لأن الفرقة جاءت من قبله، وهذا إذا لم يكن غلبها عليه في الشرك كما سبق.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن كان المسمى فاسدًا، كخمر ونحوه.

(**فَنِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ**)؛ عملًا بالقاعدة في التسمية الفاسدة؛ فإن لم يكن مسمى ولا تفويض وجبت منعة؛ فإسلامه هو المحتاج إلى قيد الصحة لا إسلامها، وأما إذا لم نصحح أنكحتهم، فلا شيء لها؛ إذ لا وجوب في الفاسد بلا دخول.

تنبيه: كلامه يقتضي أنه لا فرق بين المندفعة محرمة وغيرها، ونقل الرافعي عن القفال أنه عدَّ من صور الاندفاع ما إذا نكح في الشرك محرمًا، ثم أسلم، وجعل وجوب نصف المهر على قولين، ورأى الإمام القطع بأنه لا شيء للمحرم من المهر.

قال: ولا نقول: إن العقد انعقد عليها، ثم اندفع وانفسخ في الإسلام،

....

وإنما ذلك في الأخت المفارقة من الأختين، وفي الزائدة على الأربع.

قال الرافعي: والموافق لإطلاق «الوجيز» وغيره الأول، وعبارة «الروضة»: والموافق لإطلاق غير الإمام موافقة القفال، وهذا منهما ميل إلى ذلك؛ والمذهب أنه لا يثبت لما زاد على الأربع، ولا لإحدى الأختين؛ إذا كان قبل الدخول كما صرح به ابن الحداد وغيره، وفي مسألة الأم والبنت؛ حيث قلنا: تعين البنت.

فائدة: قال في «سير الروضة»: لو اقترض حربي من حربي، أو التزم بالشراء، ثم أسلما أو قبلا الحرية أو الأمان؛ فالاستحقاق مستمر، وكذا يبقى مهر الزوجة إذا أسلما إن لم يكن خمرًا ونحوه، ولو سبق المقترض إلى الإسلام، أو الأمان، فالنص أن الدين يستمر كما لو أسلما، ونصَّ أنه لو ماتت زوجة حربي فجاءنا مسلمًا أو مستأمنًا، فجاء ورثتها يطلبون مهرها، لم يكن لهم شيء، وللأصحاب طريقان:

أحدهما: فيهما قولان: أظهرهما: يبقى الاستحقاق، وعلى هذا تبنى قواعد نكاح المشركات، والثاني: المنع؛ لأنه يبعد أن يمكن الحربي من مطالبة مسلم أو ذمي.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، وحمل النص الثاني على من أصدقها خمرًا، وقبضته في الكفر، انتهى.

وفيه شيئان: أحدهما: أن الرافعي لم يصحح شيئًا أصلًا، ولا نقله عن أحد في صورة المهر، والثاني: أن الحمل المذكور بعيد من النص المشار إليه، ولفظه في طلاق الشرك من «الأم»: ولو تزوج امرأةً في الشرك بصداق فلم يدفعه إليها، أو بلا صداق؛ فأصابها في الحالين، ثم ماتت قبل أن تسلم، ثم أسلم زوجها، وطلبت ورثتها صداقها الذي سمي لها، أو صداق مثلها، لم يكن لهم منه شيء؛ لأني لا أقضي لبعضهم على بعض بما فات في الشرك والحرب، انتهى.

وَلَوْ تَرَافَعَ إِلَيْنَا ذِمِّيٌّ وَمُسْلِمٌ وَجَبَ الْحُكْمُ، أَوْ ذِمِّيَّانِ وَجَبَ فِي الْأَظْهَرِ، ....

فأما أن يحمل قوله: فلم يدفعه إليها، على ما إذا كان قد امتنع، وقصد قهرها عليه كما سبق عن النص، وكلام القاضي الحسين يرشد إلى ذلك قوله: لأني لا أقضي لبعضهم على بعض بما فات في الشرك والحرب، أو يحمل على ما إذا طالبه ورثتها به في دار الحرب يمنعهم منه قهرًا، أو تملكه عليهم إن كان عينًا، أو يغلب عليها، أو يحملهم فيما إذا كان دينًا، وأما جملة: على ما إذا سمى لها خمرًا وقبضته في دار الكفر، فلا يستقيم أصلًا؛ فإن كانت الإشارة إلى نص يمكن حمله على ذلك فهذا النص يثبته ويبقى الاحتمال، ويتعين حمله على ما ذكرنا، والعلم عند الله تعالى.

قال: (**وَلَوْ تَرَافَعَ إِلَيْنَا ذِمِّيٌّ وَمُسْلِمٌ وَجَبَ الْحُكْمُ**) أي: بلا خلاف كما قاله «المحرر»، وفي معنى الذمي المعاهد والمستأمن، فمتى ترافع المسلم، وأخذهم إلينا وجب الحكم بينهم قطعًا، وإذا استعدى أحدهم على المسلم أو العكس وجب الإعداء؛ لأنه يجب دفع الظلم عن المسلم ودفعه عنه؛ ولأن المسلم لا يمكنه المحاكمة إلى حاكمهم، فتعين فصل القضية بحكمنا.

قال: (**أَوْ ذِمِّيَّانِ وَجَبَ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأنه يجب على الإمام دفع الظلم عنهم فوجب الحكم بينهم كالمسلمين، قال الرافعي: وهذا القول يحكى عن أبي حنيفة.

قلت: ونقل القاضي الحسين عنه الثاني، ونسب الرافعي ترجيح الوجوب إلى الأكثرين، منهم الإمام والبغوي والروياني، انتهى.

وقال الجوري: إنه المشهور، والماوردي: إنه الجديد، والثاني: لا يجب، قال الماوردي: وهو القديم، ورجحه الشيخ أبو حامد وأتباعه؛ كالمحاملي وسليم، ونسبه الرافعي إلى ابن الصباغ، والذي في «الشامل» هنا إرسال قولين بلا ترجيح كصنيع جماعة، وبهذا القول قال مالك، واحتج له بقوله تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] ولأنهما لا [يقران][1] في

---

(١) في نسخة: (يقيمان).

....

دارنا حولًا بلا عوض، فلا يجب الحكم بينهما كالمعاهدين، ومن أوجب حمل هذه الآية على المعاهدين، ولتكون كل آية محمولة على فائدة أخرى؛ لأنه أولى من حملهما على فائدة واحدة، والفرق بين المعاهد والذمي أن المعاهد لم يلتزم الأحكام، ولم نلتزم دفع بعضهم عن بعض، بخلاف الذميين إذا عرفت هذا فتنبه لأمور:

أحدها: أطلق المصنف القولين، ومحلهما عند الجمهور، ما إذا اتحدت ملتهما كيهوديين مثلًا، فإن اختلفت كيهودي ونصراني أو مجوسي، فالمذهب القطع بالوجوب، وقيل: على القولين، وحكي عن «تعليق» القاضي أبي الطيب أنه المشهور، وأن الطريق الأول ليس بشيء، وليس كذلك؛ بل قطع به المعظم، وصححه هو في «المجرد»، وعلله هو والجمهور بأن كل واحد يدعو إلى حاكم ملته، فينفى التنازع بخلاف متفقي الملة، قال ابن الرفعة في باب الجزية تبعًا للإمام: في القطع بذلك نظر؛ إذ يلزم منه القطع بالحكم بين المتفقين؛ إذا لم يكن لهما حاكم هناك، أو كان وامتنع أحدهما؛ إذ يبعد أن يلزمهما حكم الكفر.

قلت: أما إذا لم يكن لهم حاكم، فالظاهر أن الجمهور يلتزمون ذلك، ولا بُعْد فيه، وأما إذا كان لهم هناك حاكم بامتناع أحدهما، صورة نادرة؛ لأن الغالب رضاهم بحاكمهم دوننا، ويعلم الممتنع أنه لا يهمل فينقاد له، بقي لو كان في الملة اختلاف كاليهودي مع [النصراني][1] واليعقوبي مع الملكي، فهل يكونان كاليهودي والنصراني أو لا عبرة بذلك؟ فيه احتمال ظاهر.

ثانيها: إن أوجبنا الحكم وجب الإعداء والحضور، وإلا فلا يختار، هكذا عبر الجمهور، وكلام الغزالي يقتضي اعتبار رضا الخصمين، وهو متقيد، وقال القاضي الحسين: إن لم يوجب الحكم لم يجز للقاضي الإعداء، وما قاله ظاهر، وقد يتوقف فيه إما مطلقًا أو في بعض الصور، وسيأتي عن «الحاوي» في ذلك كلام.

(١) في نسخة: (السامري).

....

ثالثها: في محل القولين طرق أصحها: طردها في حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، وثانيها: أنهما في حقوق الله تعالى، أما حق الآدمي فيجب الحكم فيه قطعًا، وثالثها: عكسها، ورابعها: تخصيصهما بحق الآدمي، أما حقوق الله فلا يجب قطعًا، وخامسها: إن كان ما تحاكموا فيه ثبت بغير رضاه كقصاص وغصب، لزمه انتفاؤه، وإن كان يرضى؛ كالدين بالتراض، فقولان، حكاهما الماوردي في كتاب «السرقة»، ولخصَّ ابن الرفعة من اختلاف الطرق ستة أقوال ذكرتها في «الغنية»، وحكى الماوردي في باب حد الذميين في المسألة من أصلها ثلاثة أقوال: ثالثها: يلزمه الحكم بينهم في حقوق الآدميين دون حقوق الله تعالى، ثم ذكر في «التفريع» على قول التخيير، فعلى هذا إن استعدوا فالحاكم مخير بين الإعداء وعدمه، فإن أعدى فالمستعدى عليه مخير بين الحضور والامتناع، إلا أن يشترط عليهم في عقد الذمة أن تجري عليهم أحكامنا، فيلزم الحاكم أن يعد بهم ويحكم بينهم، ويلزم الحضور إليه، والتزام حكمه، وهذا غريب؛ ولهذا قال ابن الرفعة: وهنا أمر غريب، فذكره، ثم قال: وهذا إنما يأتي عند من لا يشترط التصريح بالتزام [أحكام الملة في العقد، يعني: المذهب المعروف هناك اشتراط التصريح في العقد بإلزام] أحكامنا.

رابعها: ذكر الرافعي تفريع قول التخيير؛ أنه يحكم أو يردها إلى حاكمهم، ولا يتركهما يتنازعان، ونحوه قول القاضي الحسين: هو بالخيار بين أن يقضي أو يأمر حاكمهم بأن يحكم بينهم، وفيما قالاه من الرد إلى حاكمهم [نظر ظاهر] ولذلك قال الإمام في توهين طريقة القطع [بالحكم] بين مختلفي الملة، ولو كان لهم حاكم وامتنع أحدهما؛ فيجب أن يقال: يتعين على حاكمنا الحكم؛ إذ يبعد أن يلزمهم حكم حاكمهم، ويكون وزره حتى يعدى من جهته.

وقال ابن أبي هريرة في «تعليقه»: فإن قيل: كيف يجوز أن يردهم إلى حاكمهم؟ قيل: لا يردهم، ولكنا يمنعهم من التظالم في دارنا، انتهى.

فالظاهر أنَّا على هذا القول نعرض عنهما ونمنعهما من التظالم، ثم المتظلم منهما يرفع خصمه إلى حاكمهم من قبل نفسه إن أراد، وكأن المراد

وَنُقِرُّهُمْ عَلَى مَا نُقِرُّ لَوْ أَسْلَمُوا، وَنُبْطِلُ مَا لَا نُقِرُّ.

بالسؤال أنكم إذا لم تحكموا بينهم فقد رددتموهم بالمعنى إلى حاكمهم؛ كما دلَّ عليه سياق كلام ابن أبي هريرة، وأما الأمر بذلك فلا وجه لجوازه لا إلزامًا ولا غيره، والأمر كالضلال والإرشاد إليه محظوران قطعًا.

خامسها: لو ترافع معاهدان لم يجب الحكم، وقيل: كالذميين، وزيف؛ لأنهم لم يلتزموا حكمنا، ولا التزمنا دفع بعضهم عن بعض، فسواء اتفقت ملتهما أم اختلفت، هذا قضية إطلاق الجمهور، وقال الإمام: يجب الحكم عند اختلاف ملتهما كالذميين المختلفي الملة.

قال: والمذهب عندي إنه لا يجب الحكم بينهم مطلقًا، ولو ترافع ذمي ومعاهد، فطريقان: أظهرهما: أنهما كالذميين، والثانية: القطع بالوجوب، وفي «الحاوي» أنه إن كان بسبب قصاص وغصب وجب أو بسبب غيرهما، يعني: ما وجب بالرضا فلا، ورأيت في كلام ابن القطان أنه إن كان المستعدي الذمي، فعلى الخلاف، أو المعاهد لم يجب الإعداء، يعني: قطعًا، وهو شاذٌّ.

فرع: قال الإمام في الحدود: لو ارتفع إلى مجلس الحكم من الذميين من شرب الخمر [فرضي بحكم الإسلام] فظاهر المذهب أنه لا يقام عليه الحد، وخرج فيه قول لا يعتد به.

قال: (**وَنُقِرُّهُمْ عَلَى مَا نُقِرُّ لَوْ أَسْلَمُوا، وَنُبْطِلُ مَا لَا نُقِرُّ**) هذا ضابط سبق كثير من صوره، فيقر على من نكحت بلا ولي، ولا شهود، وفي عدة انقضت عند الترافع لا على معتدة عدتها باقية، ولا يحكم لها بنفقة، ولا تقر على الجزم في نكاح المجوس؛ بل يبطله عند الترافع، والرضا بحكمنا، وإذا ترافعوا في دوام نكاح فلا يبحث عن كيفية عقده أولًا؛ بل يجعله حالة الترافع كحالة الإسلام، ويحكم بالنفقة ونحوها، فيما يقر من ذلك، والغرض إباحة حكمنا إنا نحكم عليهم الإسلام لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وقد نصَّ الشافعي على هذه القاعدة، فقال: وإن تحاكموا بعد النكاح، فإن كان يجوز ابتداء نكاح المرأة حين تحاكم إلينا بحال اخترناه؛ لأن عقدهم قد مضى في الشرك قبل تحاكمهم إلينا، وإن كان لا يجوز بحال

فَصْلٌ

أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ.

أَوْ فِي الْعِدَّةِ أَوْ كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ لَزِمَهُ اخْتِيَارُ أَرْبَعٍ، وَيَنْدَفِعُ مَنْ زَادَ، وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ فِي الْعِدَّةِ أَرْبَعٌ فَقَطْ تَعَيَّنَ.

فسخناه، انتهى.

قال: (**فَصْلٌ: أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ، أَوْ كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ؛ لَزِمَهُ اخْتِيَارُ أَرْبَعٍ، وَيَنْدَفِعُ مَنْ زَادَ**)؛ لأن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: «**أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ**»[١] صححه ابن حبان والحاكم وغيرهما، وفي اتصاله نزاع، والصحيح اتصاله، وفي الباب أحاديث، وسواء أسلمن كلهن مع إسلامه أو بعده أو قبله معًا أو مرتبًا في العدة، وهن مجوسيات أو كتابيات أو وثنيات، أو لم يسلمن أصلًا؛ ولكن كن كتابيات يحل للمسلم نكاحهن، والجمع بينهن، فله في هذه الأحوال اختيار أربع، ويندفع الزائد، ولا فرق في ذلك كله بين أن يكون نكحهن معًا أو مرتبًا، وإذا رتب فله إمساك الأخيرات ومفارقة الأوليات عندنا؛ لترك الاستفصال في الحديث، ثم اندفاع من زاد من وقت الإسلام لا من وقت الاختيار على الصحيح، والعدة منه أيضًا، وظاهر كلامهم أن الاندفاع بطريق البينونة، وبه صرح ابن الرفعة.

إشارة: قوله: «لزمه اختيار أربع» عبارة موهمة، والغرض أن له اختيار أربع، وأنه يلزمه الاختيار، لا أنه يلزمه إمساك أربع كما توهمه ابن أبي عصرون في «اختصاره النهاية»؛ كما أشرت إليه في «الغنية».

قال: (**وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ فِي الْعِدَّةِ أَرْبَعٌ فَقَطْ؛ تَعَيَّنَ**) أي: واندفع نكاح الزوائد؛ لتأخير إسلامهن عن إسلامه، قبل الدخول، أو بعده عن العدة.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَلَوْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُمٌّ وَبِنْتُهَا كِتَابِيَّتَانِ أَوْ أَسْلَمَتَا فَإِنْ دَخَلَ بِهَا حَرُمَتَا أَبَدًا، أَوْ لَا بِوَاحِدَةٍ تَعَيَّنَتْ الْبِنْتُ، وَفِي قَوْلٍ يَتَخَيَّرُ، ....

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُمٌّ وَبِنْتُهَا كِتَابِيَّتَانِ، أَوْ أَسْلَمَتَا فَإِنْ دَخَلَ بِهَا؛ حَرُمَتَا أَبَدًا**) أي: بلا خلاف؛ لأن الدخول بكل واحدة يحرِّم الأخرى، لو كان بشبهة، فكيف بنكاح؟!

قال: (**أَوْ لَا بِوَاحِدَةٍ تَعَيَّنَتْ الْبِنْتُ**)؛ لأن عقودهم محكوم بصحتها، والعقد على البنت يحرم الأم [بخلاف][1] العكس، وهذا ما نصَّ عليه في باب التعريض بالخطبة من «الأم»، وفي «حرملة»، واختاره المزني.

(**وَفِي قَوْلٍ: يَتَخَيَّرُ**) كما لو أسلم وتحته أختان، نصَّ عليه في «المختصر» مع الأول، قال الرافعي: والقولان عند الأئمة مبنيان على الخلاف في صحة أنكحتهم، إن صححناها تعينت البنت، وإلا يخير، وقضية البناء ترجيح التخيير، وإليه ذهب الشيخي[2]، والصيدلاني، والإمام، والغزالي، والبغوي، وغيرهم، ورجح الشيخ أبو حامد وأتباعه وأتباع أتباعه التخيير، فقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: إنه المذهب الصحيح الذي لا يجوز غيره على أصل الشافعي في نكاح المشركات، وما بنى عليه مسائله، وأطنب في تقريره، وجزم به المحاملي في «المقنع»، ووجه أبو حامد ومن تبعه التخيير بأن كل صفة إذا وقعت في الإسلام أبطلت العقد؛ فإذا وقعت في حالة الشرك؛ فإن العقد يكون موقوفًا على اختياره، فإذا اختار تبينا أن المختارة هي التي صح عقدها، فكلام أبي حامد وأتباعه يفهم ترجيح قول الوقف في هذه الصورة وأمثالها.

وفي «التهذيب»: وقيل: أصل القولين: أن أنكحة الشرك هل تُعطى حكم الصحة أم لا؟ الأصح: نعم، والثاني: لا؛ حتى يدركها الإسلام، فيعفى عما مضى.

قال: والمذهب أن القولين لا ينبنيان على أصل، وأنكحة الشرك لها حكم الصحة.

---

(١) في نسخة: (والعكس).

(٢) هو: علاء الدين البغدادي الصوفي، المعروف بالخازن، المتوفى بحلب سنة ٧٤١ هـ.

أَوْ بِالْبِنْتِ تَعَيَّنَتْ، أَوْ بِالْأُمِّ حَرُمَتَا أَبَدًا، وَفِي قَوْلٍ تَبْقَى الْأُمُّ.

وقال العراقي في شرح «المهذب»: قيل: هما مبنيان على الصحة والفساد.

وقال الغزالي: بل على القولين في الصحة والوقف، وقيل: على القولين في أن اختيار ابتداء نكاح أو استدامه، وأفسده الغزالي.

وقال الصيدلاني: المسألة على قول واحد أنه تتعين البنت، وجعل ما نقله المزني في التخيير إنما حكاه الشافعي عن غيره، وليس بمذهب له.

قال: (**أَوْ بِالْبِنْتِ تَعَيَّنَتْ**)؛ لوجود موجب التحريم في الأم، وهو العقد على البنت والدخول بها، فكل منهما مقتضي للتحريم؛ إذا قلنا: تتعين البنت في الحال الثاني، أو الدخول وحده إذا قلنا بالتخيير فيه.

قال: (**أَوْ بِالْأُمِّ حَرُمَتَا أَبَدًا، وَفِي قَوْلٍ: تَبْقَى الْأُمُّ**) من قال في الحال الثاني وهو ما إذا لم يدخل بواحدة منهما تتعين البنت، قال هنا بتحريمهما؛ أما الأم فبالعقد على البنت، وأما البنت فالبدخول على الأم، مَنْ خُيِّرَ هناك قال هنا: تتعين الأم وتندفع البنت، وهذا تفريع على قول الوقف والفساد.

فروع: لو شك أدخل بأحديهما[1] وشك في عينها بطل نكاحهما؛ ليتيقن تحريم إحداهما، ذكره الماوردي وغيره.

وقال الدارمي: إذا شك في الوطء، فقيل: كمن لم يطأ، وقيل: لمن وطئها، وإن تيقن وطء أحديهما، ولم يعرف عينها[2] من غير تعيين، وإن وطءَ إحداهما وعلم عينها وشك في الأخرى، فمن خرج بالشك حرمها، ومن لم يحرم فالحكم عنده كما لو تيقن أنه لم يطأ المشكوك فيها، انتهى.

وانفساخهما بمجرد الشك في الوطء بعيد، وإذا دخل بالأم فقط وحرمناهما؛ فنقل الرافعي عن البغوي أنه قال: للأم مهر المثل بالدخول، وجزم

---

(١) في نسخة: (أم لا، فكما لو لم يجر دخول، فجرى القولان، والورع أن يحرمهما، ولو علم أنه دخل فواحدة).

(٢) في نسخة: (وشك في الأخرى، فمن جعل الشك كوطئهما حرمهما، ومن جعله كلا وطء، كان كما لو تيقن وطء إحداهما).

أَوْ وَتَحْتَهُ أَمَةٌ أَسْلَمَتْ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ أُقِرَّ إِنْ حَلَّتْ لَهُ الْأَمَةُ، وَإِنْ تَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتْ الْفُرْقَةُ، أَوْ إِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي الْعِدَّةِ اخْتَارَ أَمَةً إِنْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهِنَّ، وَإِلَّا انْدَفَعْنَ.

به في «الروضة»، بلا نسبة، وقضية طريقة البغوي أن يقال: للأم المسمى، إن كان وقع تسمية صحيحة؛ لأنه يحكم بصحة الأنكحة، وكذلك إذا كان قبل الدخول، أو قلنا: بتعين البنت أوجب للأم نصف المسمى، كما هو طريقة القفال، نعم، ما ذكره جارٍ على طريقة مَن لا يوجب للمحرم المهر؛ إذا كان قبل الدخول، وإذا وجد دخول اتجه إيجاب مهر المثل، فاعلم، والظاهر أنه وقع في نقل كلام «التهذيب» خلل يدرك بمراجعة «التهذيب»، و«التعليق» فإن كلامه فيه يفهم أنَّا إذا قلنا بصحة أنكحتهم فلها المسمى، أو بفسادها فلها مهر المثل.

قال: (**أَوْ وَتَحْتَهُ أَمَةٌ أَسْلَمَتْ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ؛ أُقِرَّ إِنْ حَلَّتْ لَهُ الْأَمَةُ**) أي: الآن؛ تغليبًا لمعنى الابتداء، فإذا كان ممن تحل له الأمة حال اجتماع إسلامهما؛ لعجزه عن الطواف وخوفه العنت، أقر على نكاحها، وإن فقد الشرطان أو أحدهما لم يقر.

قال: (**وَإِنْ تَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتْ الْفُرْقَةُ**)؛ لأنها تتبين بالتخلف كالحرة، وإن كانت الأمة كتابية، أو ليس للمسلم نكاحها بخلاف الحرة الكتابية.

قال: (**أَوْ إِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي الْعِدَّةِ اخْتَارَ أَمَةً إِنْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهِنَّ**)؛ لأنه لا يجوز له [ابتداء نكاحها؛ لوجود شرط فجاز له اختيارها كالحرة ويتضح] نكاح البواقي على المشهور، وحكى المتولي قولًا أنه يثبت نكاح الأربع؛ بناءً على أن الاختيار يلحق بالاستدامة اعتبارًا بالرجعية، والفرق أن الرجعة سد ثلمة في النكاح، والاختيار إثبات نكاح في امرأة؛ فصار كابتداء العقد.

قال: (**وَإِلَّا انْدَفَعْنَ**)؛ إذ ليس له ابتداء نكاح الأمة، فلا يجوز له اختيارها كالمعتدة عن غيره، ومحرمة، ويجري فيه ما سبق عن رواية المتولي.

أَوْ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي الْعِدَّةِ تَعَيَّنَتْ وَانْدَفَعْنَ، وَإِنْ أَصَرَّتْ فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا اخْتَارَ أَمَةً، وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَعَتَقْنَ ثُمَّ أَسْلَمْنَ فِي الْعِدَّةِ فَكَحَرَائِرَ فَيَخْتَارُ أَرْبَعًا.

قال: (**أَوْ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ؛ تَعَيَّنَتْ وَانْدَفَعْنَ**)؛ لفوات شرط التقرير على الأَمَة مع وجود الحرة، وفي حكم إسلام الحرة، ما لو كانت كتابية، ولم تسلم، نعم لو كانت الحرة لا تصلح للاستمتاع، وقلنا بأنها لا تمنع نكاح الأَمَة، فالظاهر أن له هنا اختيار واحدة منهن؛ بل أولى.

فرع: لو أسلمت الحرة أولًا، ثم ماتت قبل إسلامه، ثم أسلم في العدة، كانت الحرة كالعدم، ولو جمعهما الإسلام، ثم أسلمت الإماء في العدة، تعينت سواء دامت حياتها إلى إسلامهن، أو ماتت قبل ذلك؛ لأن نكاحهن كان قد انفسخ بإسلامها، قاله أصحابنا العراقيون، الشيخ أبو حامد وأتباعه والقاضي أبو الطيب في «المجرد»، وفي «الحاوي» عن الشيخ أبي حامد ما يقتضي خلاف ذلك، وهو غريب.

قال: (**وَإِنْ أَصَرَّتْ فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا اخْتَارَ أَمَةً**)؛ لأنه بان أنها بانت باختلاف الدين، فأشبه ما لو بمحض الإماء، وليس له اختيار أَمَة ما توقع إسلامها في العدة، فلو اختار أَمَةً في تخلفها، ثم دام إصرارها إلى انقضاء العدة، أو ماتت قبل أن تسلم، قال الرافعي: فقد نقل المزني ما يشعر بنفوذ الاختيار السابق، وبأنه في الابتداء موقوف إلى ظهور حال الحرة آخرًا، وحكى الإمام أن بعضهم غلطه، والصحيح تصحيح النقل، وحمله على أحد القولين في وقف العقود كما سبق في البيع؛ ومنهم من يجعل الخلاف في المسألة وجهين، انتهى.

ولفظ النص: فإن اختار واحدة ولم تسلم الحرة يثبت، قال الشيخ أبو حامد والماوردي، وغيرهما: من أصحابنا من قال: يثبت باختيار جديد، ومنهم من قال: بالاختيار الأول، قال المحاملي في «المجموع»: والصحيح من المذهب الأول.

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَعَتَقْنَ، ثُمَّ أَسْلَمْنَ فِي الْعِدَّةِ؛ فَكَحَرَائِرَ فَيَخْتَارُ أَرْبَعًا**)؛ لأنهن التحقن بالحرائر الأصليات في العدة، ومثال ذلك: أن تسلم،

....

ثم يعتقن، ثم يسلمن، أو يسلمن أولًا، ثم يعتقن ثم يسلمن فهاهنا لا يندفعن بالحرة؛ بل يختار من الجميع أربعًا كيف شاء، هذا هو المذهب، وقيل: إذا أسلم، ثم عتقن، ثم أسلمن يتعين اختيار الحرة.

فرع: لو كان [تحته][(١)] أربع إماء فأسلم معه اثنتين، وتخلف اثنتان؛ فعتقت واحدة من المتقدمتين، ثم أسلم المتخلفتان على الرق، قالا في «الروضة» و«أصلها»: اندفعتا؛ لأن تحت زوجها حرة وقت اجتماع إسلامهن، وإسلام الزوج، وهذا ما أورده في «البسيط» و«الوسيط» و«الوجيز».

قال ابن الصلاح: وهو غلط، والصواب: أنه لا يندفع نكاح المتخلفتين؛ بل يتخير بين الأربع؛ لأن عتقها كان بعد اجتماعهما على الإسلام، والقاعدة أن مثل هذا العتق لا يلحقها بالحرائر؛ بل يبقي حكمها حكم الإماء في حقها وحق غيرها، وبيَّن سهو الغزالي في ذلك؛ بأنه لما كان عتق المتقدمة قبل اجتماع الزوج، والمتخلفتين في الإسلام سبق إلى وهمه أنها التحقت بالحرائر في حق المتخلفتين، وهذا خطأ؛ لأن الاعتبار في ذلك باجتماع العتيقة نفسها والزوج في الإسلام لا باجتماع غيرها، وهذه العتيقة كانت رقيقة عند اجتماعها والزوج في الإسلام فإن حكمها حكم الإماء في حقها، وحق غيرها، انتهى.

وقال المصنف في «تنقيح الوسيط»: والصواب إنه يتخير بين الأربع، وإعتاق أحد المتقدمتين هاهنا لا يلحقها بالحرائر الأصليات في ذلك؛ لكونه واقعًا بعد اجتماعها هي والزوج في الإسلام، والقاعدة أن متى كان العتق بعد الاجتماع في الإسلام، فلا يلحقها بالحرائر، انتهى.

ويشهد لابن الصلاح والمصنف قول الإمام: لو أسلم على إماء فأسلمت معه أَمَة، ثم عتقت، ثم أسلمن الباقيات أنه يجوز له اختيار واحدة منهن، ولا تتعين الأولى، وعلله بما تقدم، وكذلك قال صاحب «الإبانة»[(٢)] وأجاب الغزالي في ذلك بخلاف قول إمامه، ولم يتعرض لكلامه، وما هكذا يكون

(١) في نسخة: (معه).

(٢) يقصد العلامة الفوراني.

وَالِاخْتِيَارُ اخْتَرْتُكِ أَوْ قَرَّرْتُ نِكَاحَكِ أَوْ أَمْسَكْتُكِ أَوْ ثَبَّتُّكِ، ....

الاختيار، والظاهر كما قال ابن الصلاح: إنه لم يتعهد ذلك، قال بعض شيوخنا: والذي يقوى عندي ما قاله الغزالي، والرافعي، وتوجيهه النظر إلى حال اجتماع إسلامه وإسلامها، ويمكن أن يتمسك له من كلام الشافعي بجعله اليسار الطارئ، فيما إذا أسلم على أمة، وهو معسر ثم أيسر، ثم أسلمت أخرى، وهو موسر أنه يندفع نكاحها، فجعل الشافعي اليسار وإن طرأ بعد اجتماع إسلامه وإسلام الأولى مؤثرًا في حق الثانية، وإن لم يؤثر في حق الأولى نظر إلى حال اجتماع إسلامها وإسلامه، فلذلك ينبغي أن يجعل عتق الأمة، وإن كان بعد اجتماع إسلامه وإسلامها مؤثرًا إلى الأمتين المتخلفتين، وينظر إلى وقت اجتماع إسلامها وإسلامه، وإن كان عتقها غير مؤثر في حقها، وحق صاحبتها، انتهى.

قال: (**وَالِاخْتِيَارُ: اخْتَرْتُكِ، أَوْ قَرَّرْتُ نِكَاحَكِ، أَوْ أَمْسَكْتُكِ، أَوْ ثَبَّتُّكِ**)كلامه هذا يفهم أن جميع هذه الألفاظ صرائح في الاختيار.

وقال في «أصل الروضة»: أما ألفاظه فقوله: اخترت نكاحك، أو حبستك، أو عقدتك، أو اخترتك، أو أمسكتك، أو يثبت نكاحك، أو حبستك على النكاح، وكلام الأئمة يقتضي أن جميع هذا صريح؛ لكن الأقرب أن يجعل قوله: اخترتك أو أمسكتك من غير تعرض للنكاح كفاية، انتهى.

لكن ما ذكره الأئمة موافق لظاهر قوله في «الأم»، والاختيار أن يقول: أمسكت فلانة، أو أمسكت عقد فلانة، أو ثبت عقد فلانة، وما أشبه هذا، وعبارة «مجرد» أبي الطيب: قال الشافعي في «الأم»: إذا قال: اخترت عقدها، أو قال: أمسكتها، أو قال: ثبت نكاحها، كان اختيارًا، انتهى.

وقال في «الحاوي»: والاختيار اخترت نكاحها، أو اخترت إمساكها، أو اخترت حبسها، أو اخترتها، أو أمسكتها؛ فإن قال: قد حبستها، أو قد رددتها، لم يصح، وإن نوى به الاختيار؛ لأن الاختيار يجري مجرى عقد النكاح الذي لا يصح إلا بالصريح دون الكناية، والفسخ يجري مجرى الطلاق، فتصح الكناية، قال ابن الرفعة: وهذا صحيح إن قلنا: الإخبار

وَالطَّلَاقُ اخْتِيَارٌ، ....

ابتداء؛ فإن قلنا: استدامة؛ فيكون فيه الخلاف في حصول الرجعة بالكناية؛ إذا لم يشترط فيها الإشهاد، انتهى.

تنبيهات: منها: أكثر نُسخ «المجرد» ومختصراته «كالمنهاج» وفي بعضها: اخترت، أو قررت نكاحك، وقضية ما ذكر أنه الأقرب يكون في «المجرد»، بالنسبة إلى هذه النسخ لفظين صريحين، ولا يكون في «المنهاج»، والنسخ المشهورة صريحًا إلا واحدة وهي: قررت نكاحك، وهو بعيد من إطلاق الشافعي، والأصحاب، وقد جاء لفظ الإمساك والاختيار في «الحديث»، وتكرر على لسان حملة الشريعة.

ومنها: لو اختار الفسخ فيما زاد على الأربع، تعينت الأربع للنكاح، وإن لم يتلفظ بشيء في حقهن، لا كما أفهمه كلام المصنف، ولو قال لأربع: لا أريدكن، ولأربع: لا أريدكن، قال المتولي: يحصل التعيين، قال الرافعي: وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله: أريدكن، انتهى.

ويشبه أن يفرق بين صيغة الماضي في أردتكن والمستقبل، وتكون صيغة الماضي اختيارًا، والثانية: وعدًا وكناية.

ومنها: قال الماوردي: وفسخه قولًا فيستحب نكاحها، أو رفعته، أو أزلته، فكل ذلك صريح، ولو قال: قد صرفتها، أو أبعدتها، كان كناية، والفسخ يجري مجرى الطلاق؛ فيصبح بالكناية، ولو قال: حرمتها، فإن أراد به الفسخ كان أو الطلاق كان اختيارًا، وإن أطلق لم يكن طلاقًا، وفي كونه فسخًا وجهين.

قال: **(وَالطَّلَاقُ اخْتِيَارٌ)** أي: النكاح سواء كان منجزًا أو معلقًا؛ لأنه لا يخاطب به إلا زوجة، وقيل: لا يكون اختيارًا للنكاح لما جاء فيمن أسلم على أختين أنه ﷺ أمره أن يطلق إحداهما، فلو كان الطلاق اختيارًا للنكاح لأمره بتوقف نكاحهما، وأجاب الشيخ أبو حامد وغيره بأنه من الرواة فعبر الرواة عن أمره بالفراق بالطلاق، وقيل: لا يصح تعليقه الطلاق؛ لتضمنه الاختيار، ولا يصح تعليقه، قال في «البيان»: قال الشيخ أبو حامد: وهو المذهب،

لَا الظِّهَارُ وَالْإِيلَاءُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُ اخْتِيَارٍ وَلَا فَسْخٍ.

والصحيح أنه يصح تغليبًا للطلاق، ويفتقر الشيء ضمنًا، وإن لم يصح مقصودًا؛ فحصل ثلاثة أوجه.

قال: (**لَا الظِّهَارُ وَالْإِيلَاءُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن الظهار وصف التحريم، والإيلاء حلف على الامتناع من الوطء، وهما بالأجنبية أليق، والثاني: أنهما تعيين النكاح؛ لأنهما تصرفان مختصان بالنكاح فأشبها الطلاق.

إشارة: الظاهر أن قوله: في الأصح راجع إلى الظهار والإيلاء فقط، وجعلته في «الغنية» راجعًا إليهما، وإلى الطلاق، وكان ينبغي أن يقول: على المذهب؛ لقوله في التنقيح: إنه المشهور، وبه قطع الجمهور، وذكر المتولي وجهين، انتهى.

ثم إن اختار من خاطبها بالظهار والإيلاء صح، ويكون ابتداء مدة الإيلاء من الاختيار، وحينئذٍ يصير عائدًا إن لم يفارقها، هكذا ذكره الرافعي، وفي «تعليق» القاضي الحسين: إذا لم يجعلها اختيارًا، ثم اختار بعد ذلك لا يؤخذ بشيء من حكم الظهار والإيلاء، انتهى. ويشبه أن اختلاف الجوابين يلتفت على أنَّا نجعل الاختيار؛ كالابتداء أو كالاستدامة.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقَ اخْتِيَارٍ وَلَا فَسْخٍ**)؛ لأن الاختيار إما ينزل منزلة الابتداء، أو الاستدامة، أيهما كان فلا يقبل التعليق؛ لأن النكاح والرجعة [لا يقبلانه] مأثور بالتعيين، والاختيار المعلق ليس بتعيين، وقيل: يجوز تعليق الفسخ تشبهًا له بالطلاق المعلق كما سبق، فلو قال: إن دخلت الدار فنكاحك مفسوخ، إن أراد الطلاق نفذ على الصحيح، والإلغاء على الصحيح، وعلى هذا لو قال: كلما أسلمت واحدة فقد اخترتها للنكاح، لم يصح، ولو قال: فقد طلقتها، جاز على الصحيح، ولو قال: قد فسخت نكاحها، فإن أراد الطلاق أعطي حكمه، فإذا أسلمن الأربع وقع طلاقهن، وجعل اختيارهن للنكاح، ويندفع نكاح الباقيات بوقوع الطلاق على الأربع.

تتمات وفروع: عبارة «المحرر»: ولو علق الاختيار للنكاح، أو الفراق

وَلَوْ حَصَرَ الِاخْتِيَارَ فِي خَمْسٍ انْدَفَعَ مَنْ زَادَ، ....

بدخول الدار، ونحوه، لم يصح، فصور المسألة بتعليق الاختيار، وقسمه إلى: اختيار النكاح، واختيار الفراق، وأشار بقوله: «ونحوه» إلى أنه لا فرق بين أن يكون التعليق على وجه اليمين، أو على غيره؛ كالتعليق بطلوع الشمس.

وعبارة «المنهاج» تقيد ذلك؛ لإطلاقه التعليق، ولإطلاقه الاختيار، وتقيد مسألة زائدة، وهي تعليق الفسخ نفسه، وحكمه أنه إن أراد حله بلا طلاق لم يجز؛ لأن تعليق الفسخ على الصحيح، وإن أراد الطلاق جاز، وكان تعيينًا للنكاح، وحكى الإمام وجهًا أن تفسير الفسخ بالطلاق غير جائز، وقوله: هذه للفسخ كقوله: اخترتها للفسخ، ولو قال لواحدة: فارقتك، قال الشيخ أبو حامد ومن تبعه: يكون فسخًا؛ كقوله: اخترت فراقها، ورجحه صاحبا «الشامل» و«التتمة» وغيرهما، وقال القاضي أبو الطيب: هو كقوله: طلقتك؛ لأن الفراق صريح في الطلاق، قال ابن الصباغ: وما ذكره مخالف إن أمضى السُّنة.

قال الشاشي في «المعتمد»: ويحتمل أن يكون صريحًا فيهما، ويرجع في التعيين إلى الزوج، وردَّ صاحب «الذخائر» على ابن الصباغ: أن قوله في الحديث: **«وفارق سائرهن»**(١) ليس المراد منه الإتيان بلفظ الفراق.

قال شارح: وما ذكر من الاختيار الضمني أطلقه الأصحاب، وفسره ابن الرفعة بأن الطلاق في ضمنه اختيار المطلقة لاستلزام وقوع الزوجية فثبت ضمنه، وأطال الكلام معه بما ذكرته في «الغنية» كون الوطء معينًا للنكاح طريقان: أحدهما: أنه على الخلاف في تعيين المطلقة من الزوجية، والصحيح أنه ليس بتعيين، والثانية: القطع؛ بأنه ليس بتعيين؛ إذ التعيين هنا ملحق بالابتداء، وإذا لم نجعل تعيينًا طالبناه بالوطء؛ فإن عيَّن الموطوءة للفراق وجب لها مهر المثل، وإن جعلناه تعيينًا فوطئ الجميع تعيَّن الأربع التي وطئهن أولًا، ويجب المهر للباقيات.

قال: **(وَلَوْ حَصَرَ الِاخْتِيَارَ فِي خَمْسٍ؛ انْدَفَعَ مَنْ زَادَ)**؛ لأنه وإن لم يكن

---

(١) تقدم تخريجه.

وَعَلَيْهِ التَّعْيِينُ وَنَفَقَتُهُنَّ حَتَّى يَخْتَارَ، فَإِنْ تَرَكَ الِاخْتِيَارَ فِي النِّكَاحِ حُبِسَ.

تعيينًا تامًا؛ فإنه لحق به الإبهام.

قال: (**وَعَلَيْهِ التَّعْيِينُ**)؛ لأن الاختيار لقوله في الحديث: «**اختر**» فإذا حصر الاختيار في خمس، أو ست، أو أكثر، عينت المطالبة، والتعيين لحبسه أكثر من العدد المباح على حكم النكاح.

قال: (**وَنَفَقَتُهُنَّ حَتَّى يَخْتَارَ**)؛ لأنهن محبوسات بحكم النكاح.

قال: (**فَإِنْ تَرَكَ الِاخْتِيَارَ فِي النِّكَاحِ حُبِسَ**)؛ لامتناعه من واجب عليه لا يقوم غيره مقامه فيه، قال الدارمي: وقيل يمهل ثلاثًا، وفي «حلية» الروياني: إن استنظر، أنظره الحاكم ثلاثة أيام فقط.

وفي «الحاوي» أنه إذا توقف سأله الحاكم عن توقفه، وأمره بتعجيله، فإن سأل الإبطاء؛ ليتفكر ويرى في الأحظ له، أُنْظِر ما قل من الزمان الذي يصح فيه فكره، وهل يجوز أن يبلغ بانتظاره ثلاثة أيام؟ على قولين: كإبطاء المولى والمرتد، انتهى.

فإن لم يرتدع بالحبس أخرجه وضربه، وهكذا حتى يختار، ولا ينوبه الحاكم في الاختيار؛ لأنه خيار شهوة، قال الإمام: وإذا حبس لا يعذَّر على الفور؛ فلعله يؤخر ليتفكر وأقرب معتبر فيه مدة الاستنابة، انتهى.

تنبيهات: ظاهر كلام «المنهاج» أنه لا يزاد على الحبس، وحكى الرافعي عن السرخسي عن ابن أبي هريرة أنه لا يجمع الضرب مع الحبس؛ بل يشدد عليه الحبس، وعبارة تعليق ابن أبي هريرة: فإذا لم يفعل فحبس حتى يختار؛ فإن لم يفعل عذِّر بالكلام على ذلك، انتهى.

وهو خلاف النص، نعم، قال الأصحاب: إذا أصرّ عُذِّرَ ثانيًا وثالثًا، وهكذا بشرط أن تتخلل مدة يبرأ فيها من ألم الضرب الأول، حتى يفضي إلى هلاكه، والنص محتمل لما قالوه لو جُنَّ، أو أغمي عليه في الحبس خلي حتى يفيق، هكذا أطلقوه، وكأنه فيما يمتد زمانه، ولو كان من أثبتنا له الاختيار صغيرًا، وحكمنا بإسلامه تبعًا لأبيه، لم يقم الوالي مقامه فيوقف الأمر إلى

فَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ اعْتَدَّتْ حَامِلٌ بِهِ، وَذَاتُ أَشْهُرٍ وَغَيْرُ مَدْخُولٍ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، وَذَاتُ أَقْرَاءٍ بِالْأَكْثَرِ مِنَ الْأَقْرَاءِ وَأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، وَيُوقَفُ نَصِيبُ زَوْجَاتٍ حَتَّى يَصْطَلِحْنَ.

البلوغ، وعليه نفقتهن لحبسهن سَنَةً، وكذا لو أسلم البالغ، ثم جُنَّ قبل الاختيار.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ**) أي: قبل الاختيار أو قبل التعيين.

(**اعْتَدَّتْ حَامِلٌ بِهِ**) أي: بوضعه كغيرها من المفارقات.

(**وَذَاتُ أَشْهُرٍ وَغَيْرُ مَدْخُولٍ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ**) لاحتمال الزوجية في كل منهن.

(**وَذَاتُ أَقْرَاءٍ بِالْأَكْثَرِ مِنَ الْأَقْرَاءِ وَأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ**)؛ لأن كل واحدة يحتمل أن تكون زوجة، فعليها عدة الوفاة، أو مفارقة في الحياة بعد الوطء؛ فعدتها بالأقراء فوجب الاحتياط، ثم الأشهر محسوبة من الموت، وفي الأقراء وجهان: ويقال قولان: أحدهما: من الموت، وأصحهما: أن الاعتبار من وقت إسلامهما، إن أسلما من وقت إسلام السابق بالإسلام إن ترتب؛ لأن الأقراء إنما تجب لاحتمال أنها مفارقة منفسخة النكاح، والانفساخ يحصل من يومئذٍ.

قال: (**وَيُوقَفُ نَصِيبُ زَوْجَاتٍ حَتَّى يَصْطَلِحْنَ**) أي: ولا يوزع بينهن؛ بل يوقف لهن الربع، أو الثمن عائلًا، وغير عائل؛ بل بحسب ما يقتضيه الحال إلى الصلح على ما يقع عليه الاتفاق من تفاضل، أو تساوٍ، وعن ابن سريج: أن ذلك يوزع عليهن؛ لأن الميثاق غير متوقع، وهن معترفات بالإشكال، وأنه لا مرية لبعضهن على بعض، ومال الإمام إلى موافقته، والمشهور الأول ولو كان فيهن صغيرة، أو مجنونة صالح وليها عنها، ثم قيل: لا ينقص عن ربع الوقوف؛ لاحتمال كونه زوَّجه، وقيل: يجوز النقص عنه؛ لكن لا يصالح على أقل من نسبتها من الجميع، فإن كن ثمانيًا لم ينقص عن الثُّمْن، أو ستًّا لم ينقص عن السدس، وهكذا إذا اصطلح الجميع؛ فلو طلب بعضهم شيئًا لم يدفع إليها إلا بتعيين، فلو كن خمسًا وطلبت واحدة لم تعط، وكذا لو طلبت أربع من ثمانٍ، ولو طلب خمس منهن دفع إليهن ربع الموقوف؛ لأن فيهن

....

زوجة، أو ست فالنصف؛ لأن فيهن زوجتين ولهن قسمة ما أخذ به، وهل يشترط في الدفع إليهن أن تبرءن عن الباقي؟

أصحهما عند الرافعي تبعًا للإمام والبغوي والمتولي: لا؛ لأنَّا يتعين أن فيهن من تستحق القدر المدفوع، فكيف يكلفهن بدفع الحق إليهن إسقاط حق آخر إن كان، والثاني: وهو المنصوص في «الأم»، نصًا صريحًا، نعم، وإنما ينجز شيئًا من الموقوف؛ لقطع الخصومة في الحال والمآل، وعلى النص جرى الشيخ أبو حامد وأتباعه، وكذلك الجوري وصاحب «الإفصاح»، ونصر المقدسي، وصاحب «المهذب»، ورجحه الماوردي، ونسبه العمراني إلى الأكثرين، وقال الشيخ أبو محمد في «شرح العيون»: إنه الصحيح من المذهب، وعليه أن بعض الورثة لا يمكن من شيء من التركة حتى يحصل لصاحبه مثله، وإلا فيلزم حرمان بعض، وإعطاء بعض، وأرسل الوجهين بلا ترجيح جماعة منهم: ابن أبي هريرة، والقاضي الحسين، والفوراني، فبان أن الراجح مذهبًا وما عليه الأكثر التوقف، وأحسب من رجح خلافه لم يطلع على النص، وكذلك لم يتعرض له الإمام والبغوي والمتولي.

فائدة: سبق محلها، قال شارح: اعلم أن الأصحاب؛ كالمجتمعين على وجوب الاختيار، والتعيين فيمن أسلم عليهن زائدات؛ حيث يجوز إمساك كل منهن محتجين عليه بحديث: «**أمسك أربعًا وفارق سائرهن**»[1]، حاملين الأمر فيه على الوجوب.

قال: والذي أفهمه منه إن أمسك للإباحة وفارق للوجوب بالنسبة إلى حقهن، وألا يصرن محبوسات، وبالنسبة إلى منع الجمع بينهن وبين الأربع؛ فالحرام الجمع بين أكثر من أربع، والواجب ضده، فالسكوت عن التعيين مع الكف عنهن لا محذور فيه؛ إلا إذا طالبته بإزالة الحبس عنهن؛ فإن لم يطالبن فينبغي ألا يقال بالوجوب أصلًا؛ فإن طالبته تكرر الوجوب لأجلهن فهو كسائر

(١) تقدم تخريجه.

فَصْلٌ

أَسْلَمَا مَعًا . . اسْتَمَرَّتِ النَّفَقَةُ.

وَلَوْ أَسْلَمَ وَأَصَرَّتْ حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ فَلَا، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ فِي الْجَدِيدِ.

الديون، وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام الأصحاب، انتهى.

وقوله: إن أمسك أربعًا للإباحة، لا ينازع فيه أحد، وإن أوهم كلام الكتاب وغيره، وقوله: إن السكوت مع الكف عنهن لا محذور فيه، موضع توقف؛ لأن السكوت مع التوقف يلزم منه إمساك أكثر من أربع في الإسلام؛ وذلك محظور، فتأمله.

قال: (**فصل: أَسْلَمَا مَعًا اسْتَمَرَّتِ النَّفَقَةُ**)؛ لدوام النكاح والتمكين.

(**وَلَوْ أَسْلَمَ وَأَصَرَّتْ**) أي: وهي غير مؤمنة كما قاله في «المحرر».

(**حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ فَلَا**) أي: على الصحيح المنصوص؛ لأنها بالامتناع عن الإسلام كالناشزة، قال الماوردي: فإن قيل بالمنع من جهته لا من جهتها، فهلا كانت لها النفقة، كما لو حج، قبلت، قد كان أبو علي بن خيران يلتزم لهذا التعليل قولًا آخر، أن لها النفقة إما نقلًا، وإما تخريجًا، وليس بصحيح؛ فإن فرض بضيق الوقت بخلاف الحج، ثم هو متبع لا يقدر على تلافيه، فلم يمنع كونه من جهته أن تسقط به النفقة؛ كالطلاق الثلاث.

قال: (**وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا؛ لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ فِي الْجَدِيدِ**)؛ لأنها بالتخلف كالناشزة، قال الماوردي: وهو بناءٌ على الجديد؛ أن النفقة تجب بالعقد والتمكين، فعلى هذا لو اختلفا، فقال الزوج: أسلمت اليوم، أو من يومين، فقالت: بل من شهر؛ فعليك نفقته صدق بيمينه؛ إذ الأصل عدم إسلامها، وبراءة ذمته، والثاني وهو القديم أنها تستحق؛ لأنه تبين بالأجرة أنها كانت زوجة، وهو مبني على وجوبها بالعقد على القديم، وتستحق بالتمكين، فعلى هذا لو قال الزوج: أسلمت بعد العدة؛ فلا نفقة لك، فقالت: بل فيها فلي بعضها، صدق الزوج بيمينه.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ أَوَّلًا فَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ أَصَرَّ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ.
وَإِنِ ارْتَدَّتْ فَلَا نَفَقَةَ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ، وَإِنِ ارْتَدَّ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ].

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَتْ أَوَّلًا فَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ أَصَرَّ؛ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص في «المختصر»، وقول الجمهور؛ لأن إسلامها فرض مضيق، فلا يمنع النفقة؛ كالصوم المفروض؛ ولأن إسلامها المانع من استمتاعه يمكنه تلافيه بإسلامه في عدتها؛ فلم تسقط نفقتها؛ كالرجعية، وبل أولى؛ لأن الإسلام واجب يضيق عليه في عدتها، وهو المقصر بالامتناع؛ فأشبه المرتد، وحكى ابن خيران قولًا: إنه لا نفقة لها، ونقله جماعة وجهًا كما صنع المصنف؛ لأنها منعت نفسها بسبب منها، وإن أطاعت به كالحج، ورد بأن الحج موسع والإسلام مضيق، وبأن تحريمها بالحج لا يمكن تلافيه بخلاف الإسلام، ثم لا فرق بين أن يسلم في العدة أو يستمر حتى تنقضي.

وقيل: إذا استمرت على الكفر تبينا أنها ليست زوجة فلا نفقة لها، ورجحه الإمام والغزالي، ورجح الجمهور الاستحقاق، وعبر في «الروضة» عن الصورة الأولى بالمشهور، وقيل: على الصحيح، وعن الثانية بالأصح عند الجمهور، وهو المنصوص.

ولو اختلفا فقال الزوج: أسلمت أنا أولًا فلا نفقة لك، فادعت العكس، صدقت بيمينها دونه على الأصح؛ لأن الأصل بقاؤهما كما لو ادعى نشوزها، وبه جزم في «الوسيط» إلا إذا اتفقا على أن إسلامه كان أول يوم الاثنين، فقال الرجل: أسلمت بعدي، وقالت: بل قبلك، فالقول قوله؛ لأن الأصل استمرارها على الكفر، انتهى.

قال: (**وَإِنِ ارْتَدَّتْ فَلَا نَفَقَةَ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ**) يعني: لا نفقة لزمن الردة مطلقًا كالناشز وأولى، قال الرافعي: ولا يجيء فيه القول القديم فيما إذا أسلمت بعد إسلامه؛ لأنها أقامت هناك على دينها ولم يحدث شيئًا، وطرد جماعة القول القديم هنا فحصل طريقان.

قال: (**وَإِنِ ارْتَدَّ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ**)؛ لأن المانع من جهته، ولو ارتدا معًا،

بَابُ الْخِيَارِ والإِعْفَافِ وَنِكَاحِ الْعَبْدِ

قال المصنف: [وَجَدَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِالْآخَرِ جُنُونًا أَوْ جُذَامًا أَوْ بَرَصًا، أَوْ وَجَدَهَا رَتْقَاءَ أَوْ قَرْنَاءَ.

أَوْ وَجَدَتْهُ عِنِّينًا أَوْ مَجْبُونًا ثَبَتَ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ.

وَقِيلَ: إنْ وَجَدَ بِهِ مِثْلَ عَيْبِهِ فَلَا.

قال البغوي: لا نفقة، قال الرافعي: ويشبه أن يجيء فيه خلاف، كما في شطر المهر بردتها.

فرع: ارتدت فغاب، ثم أسلمت وهو غائب استحقت النفقة من حين إسلامها، ولو نشزت فغاب ثم عادت إلى الطاعة، وهو غائب، فلا نفقة لها حتى يصل الخبر إليه، ويمضي زمان لو سافر فيه؛ لأمكنه استمتاعها، والفرق أن سقوط النفقة بالردة، وزال بالإسلام وسقوطها النشوز للمنع من الاستمتاع والخروج عن قبضه ذلك لا يزول مع الغيبة، ذكره في «التهذيب»، وبالله التوفيق.

بَابُ الْخِيَارِ والإِعْفَافِ وَنِكَاحِ الْعَبْدِ

قال الشارح: قال: **(وَجَدَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِالْآخَرِ جُنُونًا أَوْ جُذَامًا أَوْ بَرَصًا، أَوْ وَجَدَهَا رَتْقَاءَ أَوْ قَرْنَاءَ، أَوْ وَجَدَتْهُ عِنِّينًا، أَوْ مَجْبُونًا؛ ثَبَتَ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ، وَقِيلَ: إنْ وَجَدَ بِهِ مِثْلَ عَيْبِهِ فَلَا)** ثبوت الخيار لهذه العيوب، قال به جمهور العلماء وجاز به الآثار، وحكى الماوردي: إجماع الصحابة على ثبوته بالجبِّ، والعنة، وقد أجمعوا سلفًا وخلفًا على ثبوت الخيار في البيع بهذه العيوب، وما دونها لفوات مالية يسيرة فإثباته لفوات الجماع الذي هو مقصود النكاح أولى.

أما حديث الغفارية «**أنه ﷺ رأى بكشحها [وضحًا، فقال: فردها إلى أهلها، وقال: دلستم عليَّ**» وفي لفظ «**رُأي بكشحها] بياضًا، فقال: الحقي بأهلك**»[1] فضعيف، لا تقوم به حجة.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٢١٣).

....

قال الشافعي في «الأم»: وإذا لم تصل إلى الجماع بحال، فالمرأة في غير معاني النساء، ثم قال: وإنما جعلنا له الخيار، وهذه الأدواء دون غيرها؛ لأنها إن كانت لا تقدر على جماعها بحال، فقد بطل معنى النكاح؛ لأن أكثر ما ينكح له الجماع، وكذلك إذا كان مجبونًا، أو كان بأحدهما فقد يقبل المجبوب منهما صاحبه وولده، وإذا نحينا عنهما الضرر في ألا يجامعها، كان تنحية القُبُل عنها أولى، وكذلك عنه وعن ولده.

وأما الجذام والبرص، فإنه يعدي الزوج ويعدي الولد، وإذا نحينا عنها أصغر من هذا ضررًا، نحينا عنها الأكبر، وكذلك عن الزوج مع الخبر فيه، عن عمر رضي الله عنه يشير إلى ما رواه عنه في ذلك، وقال: في موضع آخر الجذام والبرص، مما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب تعدي الزوج كثيرًا، وهو داء مانع للجماع، لا تكاد نفس أحد أن تطيب بأن يجامع من هو به، والولد قلما يسلم؛ فإن سلم أدرك نسله.

وأما الجنون والخبل، فيطرح الحدود، ولا يكون منه تأدية حق لزوج ولا زوجة بعقل، ولا امتناع عن محرم، ولا طاعة لزوج بعقل، وقد يقتل أيهما كان به زوجه وولده، ويتعطل الحكم عليه في كثير مما يجب لكل واحدٍ منهما على صاحبه، حتى يطلقها فلا يلزمه الطلاق، ويريد خلعه فلا يجوز الخلع، وأطال رضي الله عنه في تقرير ذلك.

تنبيهات: أحدها: قوله: وجد، يشير إلى أن محل ثبوت [الخلع](١) إذا لم يعلم به أولًا، أما لو علم فلا خيار، وهذا مستمر إلا في العنة؛ فإنها إذا علمت عنته أولًا، ثم نكحته فلها الخيار على المذهب الجديد الصحيح، ولو زال العيب الذي رضي به فلا خيار في الأصح، كذا أطلقاه.

وفي «الحاوي»: لو وجد بها قليل برصٍ أو جذام فرضي به؛ فانتشر وكثر فلا خيار، ولو ظهر بها برص في غير مكان الأولً، فإن كان الثاني أقبح

(١) في نسخة: (الخيار).

....

منظرًا؛ بأن كان الأول بفخذها، والثاني في وجهها فله الخيار، نصَّ عليه في «الإملاء» وإن كان مثل الأول في القبح؛ بأن كان في يدها اليمنى، والثاني في اليسرى فوجهان، انتهى.

وإن رضي بعيب فحدث آخر، فخيِّر على الصحيح، وبه قطع الجمهور، ولو علم بالعيب بعد زواله فلا خيار على الأصح، ولو مات أحدهما بعد الاطلاع على عيبه، وقبل الفسخ تعذر الفسخ على الأصح، وتقرر المسمى بالموت.

الثاني: المفهوم من إطلاق المصنف، وغيره أنها متى كانت رتقاء أو قرناء امتنع الجماع، وثبت الخيار، وعبارة «التهذيب»: والرتق والقرن ثبت الخيار فيهما إذا امتنع الجماع؛ فإن لم يمنع فلا خيار، فأبان أنه على ضربين، وقد أوهم إطلاق الكتاب وغيره، ثبوت الخيار فيهما، وليس كذلك، وفي «الأم»: إن كان القرن مانع للجماع بكل حال؛ كما وصفت كان كالرتق، وبه أقول، وإن كان غير مانع للجماع؛ فإنما هو عيب ينقصها فلا أجعل له خيارًا، انتهى.

الثالث: يثبت الخيار بالجنون المطبق والمنقطع والقابل للعلاج وغيره، وقيل: إلا أن يكون زمن الإفاقة أكثر، وقال المتولي: لا فرق بين المطبق وغيره إلا أن يكون جنونًا خفيفًا، نظرًا في بعض الزمان، فلا يصح به النكاح، قال: والإغماء الدائم، أي: الميؤوس من زواله؛ حكمه حكم الجنون، قال الإمام: ولم يتعرضوا لاستحكامه، ولم يراجعوا أهل المعرفة أهو مرجو الزوال أم لا؟ ولو قيل به لكان قريبًا، قال البيهقي في «المبسوط»: قال الشافعي: والجنون ضربان: فضرب خنق فله الخيار بقليله وكثيره، وضرب غلبه على عقله من غير حدوث مرض، فله الخيار في الحالين معًا، وهذا أكثر من الذي يخنق ويفيق.

الرابع: قال الماوردي: لا خيار بالبله وهو كونه سليم الصدر ضعيف العزم، وإن أثر في تربية الولد وتدبير المنزل، لحصول كمال الاستمتاع، وقال شيخه الصيمري في «شرح الكفاية»: ولو وجدته مجبوبًا، أو مجنونًا، أو أبله ثبت الخيار، ولم يذكروا البله في عيوبها، ولعل الفارق عنده أنها تتعير به بخلاف العكس، وأفهم كلام الماوردي قصر ما ذكره عن المرأة خاصة،

....

والشافعي ذكر الخبل، وجعله كالجنون.

الخامس: الجذام، ـ نسأل الله تعالى العافية ـ قال الماوردي: هو: عيب في الأطراف والأنف يسري فيها حتى تسقط، وقال الرافعي: هو علة يحمى منها العضو، ثم يسود ثم ينقطع، ويتناثر، قال الشيخ أبو محمد: ولا يثبت الخيار إلا باستحكامه، وكذلك البرص، وفسر استحكام الجذام بالتقطع، وقال الإمام: يجوز أن نكتفي باسوداد العضو، وحكم الطب باستحكام العلة، قال ابن الرفعة: وهذه قضية نص «الأم».

قلت: وقضية كلام «الحاوي»[1] وغيره، إنه متى قال الأطباء: إنه جذام ثبت الخيار، قال ابن السكري في «حواشي الوسيط»: لم يفرق العراقيون في الجذام والبرص بين المستحكم وغيره، وهو كما قال، وقال المحاملي في «المجموع»: فإن كان خفيًا كالزعر في الحاجب، فإن اتفق الزوجان على أنه جذام ثبت به الفسخ، قال الماوردي: والزعر مبادئ الجذام، ويقع في الحاجبين، والأنف، فإن اختلفا فيه روجع طبيبان عدلان؛ فإن قالا: هو جذام ثبت الخيار، وإن قالا: هو زعر فلا خيار فيه، وإن أشكل فالقول قول من هو به في نفيه، والحاصل أن المذهب أنه إذا تغير العضو وحكم أهل المعرفة بأنه جذام ثبت الخيار بمجرد ذلك، ونص «الأم»، ولا خيار في الجذام حتى يكون بيِّنًا؛ فأما الزعر في الحاجب أو علامات يرى أنها تكون جذامًا، ولا تكون، فلا خيار فيه؛ لأنه قد لا تكون، انتهى.

السادس: أما البرص، فكلام الغزالي: أن أوائل الوضوح هي مبادئ البرص، نص الجوهري على أنه غيره فضلًا عن أوله، وحدَّ الماوردي وغيره البرص ببياض يكون في الجلد يذهب معه دم الجلد، وما تحته من اللحم، قال جماعة من الأئمة: وعلامته أن يقصر المكان فلا يحمى، ولا خيار بالبهق: هو ما تغير الجلد من غير أن يذهب بدمه ولو اختلفا في بياض، هل هو برص أو بهق؟ روجع الأطباء.

---

(١) في نسخة: (الماوردي).

....

السابع: الرتق: لحم يسد مدخل الذكر، ومنهم من قال: هي مسدودة الفرج، والقرن: لحم يثبت في الفرج، وقيل: عظم، والأول المحكي عن النص في «الانتصار»، وعن المحققين في «البيان»، ولا يمكن علاجه على اليسير، بأنه عظم ويمكن معالجة الرتق، ولا يجبر على منعه، فلو حصلت وأمكن الوطء فلا خيار له، كذا أطلقوه، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف، فيما إذا علم بالعيب بعد زواله.

قلت: صرح الماوردي بالوجهين فيه، وفيما إذا كان بها جذام أو برص؛ فلم يبق الفسخ، حتى زال؛ لكنه حل محل الوجهين فيما إذا علم بالعيب، ثم زال، أما لو زال قبل علمه، قال: فلا خيار وجهًا واحدًا، وعبارة أبي الطيب في «المجرد»: في شق الرتق، وإن فعلت ذلك باختيارها، واندمل قبل الفسخ لم يكن له الخيار، انتهى.

وظاهرها تمكينه من الفسخ قبل الاندمال.

وفي «تنقيب» ابن معين على «المهذب»: ولو قالت: أنا أشق ذلك، وأمكنك من الوطء لم يثبت الخيار، ولعله أراد، وفعلت ذلك قبل الاختيار، وإلا فمجرد قولها وعد لا يمنع الخيار [وفيما أحسب، ويحتمل أن يقال: يمهل ثلاثًا؛ لأنه عذر في التمني للوطء، قال البندنيجي]: ولا يمنع أن تفعل ذلك بنفسها، وهو ظاهر إذا لم تخش منه نزف الدم والهلاك، وينبغي الرجوع فيه إلى أهل الخبرة، ولا يمكن الأَمَة منه قطعًا إلا بإذن السيد.

الثامن: محل ثبوت الخيار بالجب، إذا استوصل الذكر أو بقي منه دون حشفته، فإن بقي قدرها فلا خيار لها على الأصح، فلو تنازعا في إمكان الوطء به، فالقول قوله على الأصح، وقيل: قولها وجهًا واحدًا، قاله المحاملي وغيره، وأنكره ابن الصباغ وقال: ينبغي أن يرى أهل الخبرة، قال المتولي: وهو الصحيح، قال في «الخصال»: وليس للرتقاء، ولا من يصلح جماعها دعوى العنة، وكأن مراده بهذه من لا تطيقه؛ لضيق مفرط، ونحوه كما سيأتي، وقد يريد به المتخيرة، ولو نكح أمة بشرطه، فليس لها دعوى العنة؛ لتضمن

....

دعواها بطلان النكاح.

التاسع: عدَّ جماعة هنا من موجبات الخيار إعساره بالمهر والنفقة، وكونها مستأجرة العين، وما إذا وجدت كسبه حرامًا؛ كالتصوير، لا يمكنه الإنفاق إلا منه، وأما إذا زوجت بغير كفءٍ، وصححناه، وما إذا وجد أحدهما الآخر رقيقًا، وغيرها مما هو مفرق في مواضعه.

العاشر: اقتصاره على ما ذكره من العيوب يعرفك أنه لا خيار عنده كغيرها من العيوب.

قال في «الروضة»: وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور؛ لكنه في كلامه على العنين، قال: وفي معناه المرض المزمن الذي لا يتوقع زواله، ولا يمكن الجماع معه كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره، وظاهر كلامه الموافقة عليه، به جزم ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»، وينضم إليه العيالة المفرطة.

قال الْغَزَالِي: إذا لم تحتمل الوطء إلا بالإفضاء، وكان بداية الضيق المخالف للعادة والرتق، وإن كان سببه كبر الإلية بخلاف العادة، فلها الخيار كالجب، قال الرَّافِعِي: والمشهور المنع بخلاف الرتق، والجب، قال: ويشبه أن يقال: إن كانت تحتمل وطء نحيف مثلها فلا فسخ، وإن أفضى وطؤها إلى الإفضاء من أيِّ شخص فرض بذلك كالرتق، وينزل كلام الأصحاب على الأول، وكلام الْغَزَالي على الثاني، قال في «المطلب»: ويؤيد كلام الْغَزَالي نصٌ حكاه الرَّافِعِي في كتاب الإيلاء عن «القديم»، أن المريضة المضناة لا يصح الإيلاء منها؛ لامتناع الجماع بها كما في الرتقاء.

الحادي عشر: [قوله: وقيل]: إن وجدته مثل عيبه فلا يقتضي أنه إذا اختلف الجنس ثبت الخيار قطعًا، وليس ذلك على إطلاقه؛ بل لو كان مجبوبًا ـ بالباء ـ وهي رتقاء فطريقان، قيل: كالجنس، وقيل: لا خيار قطعًا، قال الرَّافِعِي: وقضية إيراد الْبَغَوِي ترجيحها.

قلت: وهو المذهب؛ إذ في «فروع» ابن الْقَطَّان، لو زوجها لمجبوب، وكانت

....

رتقاء فلا خيار لها، نصَّ عليه الشَّافِعِي؛ لأن العلة امتناع الجماع، ولا جماع فيها، قال أبو الحسن: ولو كانت رتقاء، وهو عنين فله الخيار دونها، انتهى.

وبهذا أجاب الدارمي، وقد يفهم قول المصنف: مثل عيبه؛ لكنه لو كان عيب الآخر أكبر، وأفحش ثبوت الخيار لصاحبه قطعًا، كما قاله في «الروضة»، وصرَّح به القاضي الحسين في ثبوت الخيار لصاحب الكبير الوجهان، وجزم في «الكافي»: أنه إذا كان به جب أو عنة، وبها قرن أو رتق أنه لا خيار لهما، وهو ظاهر في عنة، أيسر من زوالها.

إشارة: وأمَّا ما ذكره أشياء في ثبوت الخيار بها كلام ضعَّفه المصنف والرافعي، وغيره، في بعضها؛ للنظر مجال أشرت إليه في «الغنية» فمن ذلك: أن الاستحاضة لا تثبت الخيار خلافًا للقاضي الحسين وغيره، ويشبه أن يكون الكلام في غير المتخيرة، أما هي: فالوجه، أما إذا حرَّمنا وطئها على المشهور، وثبوت الخيار، ولا نظر إلى توقع الشفاء على ندور، وأغرب صاحب «الخصال»: فعدَّ من عيوب الرجل المثبتة للخيار، كونه مشعر الإحليل.

فائدة: زعم شارح: أنه رأى في «نوادر الفقهاء» لابن بنت نعيم بن حماد الجوهري: أن الشَّافِعِي قال: إذا زنت المرأة قبل الدخول، فالزوج بالخيار بين إفساد نكاحها أو قبوله، كما في حدوث العيب [بالمبيع] قبل قبضه، واستقر به، وهذا نقل غلطٌ، ووقفت على هذا المصنف فوجدته قال: وأجمع الفقهاء في العصر الأول، أن زنا المرأة لا يبطل النكاح إلا الحسن البصري، وإبراهيم النخعي؛ فإنهما قالا: إذا زنت المرأة قبل دخول زوجها عليها بطل نكاحها عنه، انتهى.

ولم يذكر الشَّافِعِي، وهذا هو الصواب في النقل عنه، وأصله قول ابن المنذر بعد أن نقل عن الشَّافِعِي، وجمهور العلماء أنه لا يؤثر، وروينا عن عليّ رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنا قبل أن يدخل بها، وروي عن جابر بن عبد الله، والحسن البصري، وإبراهيم النخعي أنهم قالوا: يفرق بينهما في البكر؛ إذا زَنَت، وليس لها شيءٌ، انتهى.

وَلَوْ وَجَدَهُ خُنْثَى وَاضِحًا فَلَا فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ تَخَيَّرَتْ ....

وكأنه حرَّف الشَّافِعِي بالنخعي، ورأيت الدَّارمي قال: إذا زنت امرأة لم ينفسخ نكاحها، وقيل عن أبي عبيد وغيره: يَبْطُل، انتهى.

وظاهره أنه عن ابن حربويه وغيره من أصحابنا، وهو غريبٌ، ويقرب أنه أراد أبا عبيد القاسم بن سلام وغيره من المخالفين، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ وَجَدَهُ خُنْثَى وَاضِحًا؛ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ**) إذ ليس فيه إلا زيادة ثقبه فيه، وسلعة فيها، والثاني: نعم؛ لأنه عَيبٌ منفر فاحش ثم في محل القولين طرق:

أصحهما: أنهما فيما إذا اتضح بقوله؛ لأنه قد تبين بخلافه، فإن اتضح بعلامة، فلا.

وثانيها: أنهما فيما اتضح بعلامة مظنونة؛ فإن كانت قطعية كالولادة، فلا.

وثالثها: طردهما، وإن قطع بالعلامة لمعنى النفْرَةِ، والحاصل أربعة ذكره في «الوسيط»: ثالثها: أن يأت بعلامة قطعية فلا خيار.

ورابعها: لا خيار ما لم يثبت بالأقراء.

قلت: ولا يبعد ثبوته للزوجة فقط؛ لأنها تتغير به بخلاف الرجل، لا يتغير بها، وقوله: واضحًا زيادة له، وقال في «الدقائق»: ولا بد منها؛ لبيان المسألة، والبينة على أنَّ نكاح الخنثى المشكل باطلٌ، فإنه لم يذكره في غير هذا الموضع، وأجرى الجوري في كتابه «الموجز» هذين القولين في القطعاء، والعمياء والجذماء، وأشكال ذلك، قال في «الذخائر»: ولم أره لغيره، ولعله أراد بالجذماء: المفضاة، وأجراهما الجرجاني في «التحرير» في الخصي ومسلول الأنثيين، والمؤاجر وهو الممكن من نفسه، ووجه الرد بالعار.

قال: (**وَلَوْ حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ تَخَيَّرَتْ**) إذا حدث بالزوج بعد العقد عيبٌ يثبت الخيار، فلها الخيار، وإن كان بعد الدخول؛ لأنها تتضرر بصحته فيتعين ذلك طريقًا للخلاص منه؛ حتى لو جبَّ ذكره فلها الخيار على الأصح بخلاف تعيين المشتري المبيع؛ لأنها بالجب لا تصير قابضةً لحقها كالمستأجر، بخلاف

إِلَّا عُنَّةً بَعْدَ دُخُولٍ، أَوْ بِهَا تَخَيَّرَ فِي الْجَدِيدِ.

وَلَا خِيَارَ لِوَلِيٍّ بِحَادِثٍ، وَكَذَا بِمُقَارِنِ جَبٍّ وَعُنَّةٍ، وَيَتَخَيَّرُ بِمُقَارِنِ جُنُونٍ، وَكَذَا جُذَامٌ وَبَرَصٌ فِي الْأَصَحِّ.

المشتري، وهذا الفرع يشمله كلام المصنف.

قال: (**إِلَّا عُنَّةً بَعْدَ دُخُولٍ**)؛ لأنها وصلت إلى مقصود النكاح من تكميل المهر، وثبوت الحضانة، ولم يبق إلا التلذذ، وهو شهوة لا يجبر الزوج عليها مع عدم اليأس.

قلت: والظاهر أنه لا خيار لها بالعنة قبل الدخول إذا كانت ممن لا يمكن وطؤها؛ لقرن أو رتق أو [شدة خنا] أو كانت متخيرة أيس برؤها، سواء كان ذلك مقارنًا للعقد أو حدث بها أيضًا بعده، وكذا لو جبَّ ذكره قبل الدخول، فحاله ما وصفنا، وإطلاقهم منزل على السليمة يدل عليه التوجيه.

قال: (**أَوْ بِهَا تَخَيَّرَ فِي الْجَدِيدِ**) أي: قبل الدخول وبعده؛ لتضرره بذلك، وليسقط عنه المهر، إن كان قبل الدخول.

قلت: ويجيء فيما إذا كان قد جبَّ، والحادث بها قرن أو رتق أو تجبير، أو [شدة خنا] ما ذكرناه، أما العنة فقد تزول أو يتلذذ بإيلاج معها، والقديم لا خيار له؛ لعدم تدليسها، وقدرته على الطلاق.

قال: (**وَلَا خِيَارَ لِوَلِيٍّ بِحَادِثٍ**) أي: على الصحيح؛ لأن حق الفسخ فيما يحدث مختص بها دونهم، وحقهم إنما يراعى في ابتداء العقد دون دوامه؛ بدليل أنه لو رضيت المعتقة بجب عبد به ليس لهم الفسخ، وإن كان لهم منعها ابتداء من نكاح العبد، وقيل: الأولى إجبارها على الفسخ بعيب له المنع منه ابتداء.

قال: (**وَكَذَا بِمُقَارِنِ جَبٍّ وَعُنَّةٍ**) أي: على الصحيح؛ لاختصاصها بالضرر، ولا عار عليه، وقيل: له الفسخ من غير فرق بين عيب وعيب، فإنه يتعير بكون موليته تحت معيب.

قال: (**وَيَتَخَيَّرُ بِمُقَارِنِ جُنُونٍ**) أي: فإن رضيت به؛ لأنه يعير بذلك.

(**وَكَذَا جُذَامٌ وَبَرَصٌ فِي الْأَصَحِّ**)؛ للعار وخوف العدوى إلى النسل، وهذا

وَالْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ، ....

التفصيل يجري في ابتداء التزوج، فبحث إجابتها إلى العنين، والمجبوب ـ بالباء ـ لا إلى المجنون، ولا إلى المجذوم، والأبرص على الأصح، وينبغي أن يكون محلهما في الابتداء والدوام ما إذا كانت سليمة، أما لو كانت مثله ففيه نظر!

إشارة: ظاهر إطلاقهم استواء المناسب، والمولى وعصبته في ثبوت الخيار، والفرق بين القريب وغيره منقدحٌ، ويدل على عدم الفرق، ترجيحهم أن السلطان لا يجيب مَنْ لا ولي لها إلى غير كفءٍ، والمختار خلافه، ولا عار على المولي ولا عصبته في نكاح العتيقة معيبًا.

قال: (**وَالْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ**) خيار الفسخ بهذه العيوب إذا بُيِّنت على الفور، كرد المبيع بالعيب، وقضية النسبة أن يأتي هنا ما ذكروه هناك من المبادرة إلى الحاكم، والإشهاد عليه بالفسخ أو يطلبه، ونحو ذلك ما سبق، وقيل: تأتي هنا الأقوال في عتق الأمة، وفرق بأنه لا يحتاج الأمة إلى النظر والتروي، وهنا النقص محقق فلا يحتاج إلى مهلة، قال الرَّافِعِي: وليس الفرق بالواضح.

تنبيه: قال القاضي أبو الطيب وغيره: معنى قولنا: إنه على الفور، أي: في حال الإمكان، ولم يرد أنه على التضييق؛ لأن هذه الفرقة تفتقر إلى الحاكم، فلها المضي إليه، وتثبت عنده العيب، فإن أخرت، أي: بلا عذر بطل حقها، وأوضح ذلك العمراني، فقال: إن جُنَّت قلنا: لأحدهما الفسخ بالعيب على الفور، وهو أنه إذا علم به رفع صاحبه إلى الحاكم، فإن أقرَّ وكان ظاهرًا فسخ الحاكم بينهما، وذكر في «المقنع» نحوه، قال الْمَاوَرْدِي: الخيار على الفور إلا أنه لا ينفرد بالفسخ؛ بل يأتي الحاكم فيحكم له بالفسخ.

وقال: إذا مضى أجل العنين فهي على حقها ما لم يرفعه إلى الحاكم، ولا يلزمها بعد السنة تعجيل محاكمته على الفور، وإذا رفعته إلى الحاكم بعد السنة، يعني: زمان خيارها، انتهى.

والحاصل أن الرفع إلى الحاكم على الفور، وأن الفسخ بعد ثبوت الخيار

وَالْفَسْخُ قَبْلَ دُخُولٍ يُسْقِطُ الْمَهْرَ وَبَعْدَهُ الْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إنْ فُسِخَ بِمُقَارِنٍ

على الفور إلا ما ذكره الْمَاوَرْدِي في «الغنية» بعد الأجل، ولم أره لغيره.

فرع: فإن علمت عيب صاحبي، ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار فأشبه الطريقين في الشرح؛ أنه على القولين في نظيره من جواز العتق، والثاني: القطع بأنه لا تعذر؛ لأن خيار العيب مشهور في جنس العقود بخلاف خيار العتق، ويأتي في دعوى الجهل بالفورية ما سبق في البيع، وهنا أولى بالعذر أو ما ساق في خيار العتق، والظاهر العذر بخفائه فيهما على أكثر الناس.

فرع: إذا وجد الوطء أو التمكين منه قبل الفسخ عن رضا سقط الخيار، نصَّ عليه، فلو قال: المعيب كان عن رضا، وقال الآخر: لم أكن أعلم بالعيب فالقول قوله؛ لأنه الأصل، وقُبِل قول الآخر؛ إذ الأصل دوام النكاح.

قال: (**وَالْفَسْخُ قَبْلَ دُخُولٍ يُسْقِطُ الْمَهْرَ**) أي: سواء كان العيب مقارنًا للعقد أم حدث بعده فسخته، أو فسخه؛ لأنه منها أو بسببها، هذا ما صرَّح به الإمام واقتضاه كلام الجمهور، وقال الْمَاوَرْدِي: فسخ الزوج بعيب حادث يسيطر كالطلاق، وهو شاذٌ، ومثله ما حُكي عن الإصطخري: أنه إذا فسخت بعيبه بعد المدة، هل يشطر المهر أو لا يُنقصُ منه شيءٌ؟

على قولين، وزيَّفه الإمام، وقال أبو علي الفارقي بعد قول «المهذب»: وإن كان الرجل هو الذي فسخ؛ لسببٍ من جهتها، وهو التدليس، فصار كأنها اختارت الفسخ، هذا الذي ذكره لا يصح؛ لأنه إذا جعل فسخه بعينها، كأنه وجد من جهتها حتى أسقط مهرها، [وهذا لا يختص عنه، ولا فرق بينهما، وتكلف أبو نصر فرقًا قريبًا، والصحيح أن يقال: إن فسخت بعيبه لم يسقط][١] مهرها، وإن فسخ بعيبها سقط مهرها عملًا بمقتضى القياس الجاري، انتهى. والمعروف ما سبق.

قال: (**وَبَعْدَهُ**) أي: بعد الدخول.

(**الْأَصَحُّ: أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إنْ فُسِخَ بِمُقَارِنٍ**)؛ لأن الفسخ؛ لمعنى مقرون

---

(١) في نسخة: (وجب أن يجعل فسخها بعيبه كأنه وجد من جهته حتى لا يسقط).

أَوْ بِحَادِثٍ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جَهِلَهُ الْوَاطِئُ، وَالْمُسَمَّى إِنْ حَدَثَ بَعْدَ وَطْءٍ.

وَلَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ بَعْدَ وَطْءٍ فَالْمُسَمَّى.

وَلَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بَعْدَ الْفَسْخِ بِالْمَهْرِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ فِي الْجَدِيد.

بالعقد يرفع التسمية من أصلها؛ لأنها وقعت على ظن السلامة، ولم تحصل، فكأن لا تسمية، هذا هو المنصوص، وظاهر المذهب، والثاني حكي قولًا مخرجًا تحت المسمى، وهو مقياسٌ؛ لأن الدخول حصل في عقد صحيح على تسمية صحيحة، وقيل: إن كان الفسخ بعيبه وجب المسمى، وإلا فمهر المثل.

قال: (**أَوْ بِحَادِثٍ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جَهِلَهُ الْوَاطِئُ**) أي: قالوا مهر المثل أيضًا على الأصح، ويجعل اقترانه بالوطء المقدر للمهر، كاقترانه بالعقد.

(**وَالْمُسَمَّى إِنْ حَدَثَ بَعْدَ وَطْءٍ**)؛ لأنه استقر بالوطء قبل وجود سبب الخيار، والحاصل أنا إن قلنا في «المقارن»: يجب المسمى، فهنا أولى إلا فثلاثة أوجه:

الصحيح المنصوص، وبه جزم العراقيون: التفصيل الذي ذكره المصنف.

والثاني: يجب مهر المثل مطلقًا؛ لعدم سلامة ما طبع فيه.

والثالث: وجوب المسمى؛ لأن مثبت الفسخ حدث بعد العقد، وعن «الذخائر» وجه **رابع**: أنه لا يجب شيء، والظاهر أنه من أوهامه، فإن ثبت فليكن في الثيب؛ إذ لا سبيل إلى إهدار البكارة.

قال: (**وَلَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ بَعْدَ وَطْءٍ فَالْمُسَمَّى**) لأن الردة لا تستند على ما تقدم، والوطء قرار المسمى قبل وجودها، وحكى الْغَزَالي فيها قولًا مخرجًا من العيوب، وليس بمعروف، نعم، نقله الإمام وجهًا واستبعده، وقال: أخشى ألا يصح فيه نقل.

قال: (**وَلَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بَعْدَ الْفَسْخِ بِالْمَهْرِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ فِي الْجَدِيدِ**)؛ لأنه شرع في النكاح على أن يقوم عليه البضع، فإذا سبق في منفعته تقرر عليه عوضه، كما لو أتلف المبيع المعيب، والقديم الرجوع، وهو الصحيح في «مختصر الجويني»، وقضى بذلك عمر رضي الله عنه.

....

قال في «الأم»: أخبرنا مالك عن سعيد بن المسيب إنه قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها»، وذلك لزوجها غرم على وليها، وكما يرجع بقيمة الولد المغرور بحرية أمه.

إشارات: لا خفاء أن الخلاف في العيب المقارن؛ إذ لا تغرير في حادثٍ، ثم الخلاف جاز أوجبنا مهر المثل، أو المسمى قاله الْبَغَوِي، وخصصه الْمُتَوَلِّي بقولنا: الواجب مهر المثل، فإن أوجبنا المسمى، وغرمه فلا رجوع به جزمًا، قال الرَّافِعِي: والأشبه الأول، والحاصل في رجوعه بالمغروم مهر المثل، إذًا **أصحهما**: لا.

وثانيها: نعم، سواء كان الولي محرمًا أو غيره، علم العيب أم لا، سواء كان المغروم مهر المثل أو المسمى.

وثالثها: أن الأمر كذلك إن كان محرمًا أو غيره؛ فلا إلا أن يكون عالمًا، والقول قوله في نفي علمه بالغيب.

ورابعها: الأمر كما سلف، إن كان المغروم مهر المثل إلا المستحق.

وخامسها: يفرق بين كون غير المحرم حاكمًا فلا يرجع عليه بحال أو لا من قريب، ومعتق فالحكم كما مرَّ، كذا قاله ابن الرِّفْعَة، وخصص جماعة منهم الدارمي القولين: بغير الحاكم، أما الحاكم فلا رجوع عليه قطعًا، ولم أر من صرح بخلاف ذلك، وإن كان ابن الرِّفْعَة أخذ ذلك من إطلاق مَنْ أطلق إذا قلنا: يرجع على الولي رجع بالكل، وحكى الفوراني فيه الخلاف الآتي في المرأة، وإن كانت هي المعارة فقط، وتصويرها في عقدها بنفسها، وحكم حاكم بصحته واضح، وصوره الْمُتَوَلِّي؛ بأن خطبت إلى نفسها فكتمت العيب، والتمست من الولي تزويجه، وأظهرت له أنها أطلعته على حالها، وفيه نظر، وعلى التقديرين، هل يرجع عليها بجميعه أم يجب بنفيه شيء؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، فلا يخلو البضع عن يدك.

وَيُشْتَرَطُ فِي الْعُنَّةِ رَفْعٌ إِلَى حَاكِمٍ، وَكَذَا سَائِرُ الْعُيُوبِ فِي الْأَصَحِّ، ....

والثاني: يرجع بالكل، صححه في «الروضة»، والمنصوص في «القديم» كما نقله البيهقي والْمَاوَرْدِيُّ والقاضي أبو الطيب، والشيخ أبو حامد الأول؛ فصرح أبو حامد بتضعيف ما نقله، فبان ضعف ترجيح «الروضة»؛ لأنه خلاف النص على ما عليه التفريع.

فائدة: المفسوخ نكاحها بعد دخول، وهي حامل لا نفقة لها ولا كسوة في العدة، وكذا الحامل على الأصح في «الروضة» هنا، وصححا في «المحرر» هناك في الاستحقاق، وتبعه في «الروضة»، ووقع له في المسألة ما سنوضحه هناك.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي الْعُنَّةِ رَفْعٌ إِلَى حَاكِمٍ، وَكَذَا سَائِرُ الْعُيُوبِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه فسخ مُجْتَهِدٌ فِيهِ، فَأَشْبَهَ الْفَسْخُ بِالْإِعْسَارِ.

والثاني: في غير العُنة لِكُلٍّ مِنْهُمَا الِانْفِرَادُ بِالْفَسْخِ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

قال الْبَغَوِيُّ: وعلى الوجهين لو أخَّر إلى أن يأتي الحاكم، ويفسخ بحضرته يجوز.

تنبيه: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ أَنَّهُمَا لَوْ تَرَاضَيَا بِالْفَسْخِ مِمَّا يَجُوزُ الْفَسْخُ بِهِ لَمْ يَصِحَّ؛ وَلِذلك قال فِي «الْمُحَرَّرِ» بعد قوله: «على أقرب الوجهين»: ولا تنفرد الزوجات بالفسخ، وفيه نظر؛ فإن الشَّافِعِي قال في «الأم»: فيما إذا وجدها رتقاء، ولا يلزمها الخيار إلا عند الحاكم، إلا أن يتراضيَا بشيءٍ؛ فيجوز تأخير تراضيهما، انتهى.

وقضية جواز انفرادهما بالفسخ بالتراضي، وفي «الحاوي»: أنهما لو اتفقا على الفسخ عن تراضٍ؛ ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن التحاكم عند التنازع.

والثاني: المنع؛ لأَنَّ مَا اشْتَبَهَ حُكْمُهُ لَمْ يَتَعَيَّنْ إِلَّا بِالْحَكَمِ.

إشارة: العُنَّةُ هي: الْعَجزُ عَنِ الْوَطْءِ؛ لِلِينِ الذَّكَرِ، وَعَدَم انْتِشَارِهِ، ثم قيل: هي مَأْخُوذَةٌ مِنَ الْعَنَنِ، وَهُوَ الِاعْتِرَاضُ، وقيل: سُمِّيَ عِنِّينًا؛ لِلِينِ ذَكَرِهِ

وَتَثْبُتُ الْعُنَّةُ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ عَلَى إِقْرَارِهِ، وَكَذَا بِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

وَانْعِطَافِهِ، مَأْخُوذٌ مِنْ عِنَانِ الدَّابَةِ؛ لِلِينِهِ.

وقال الْمُتَوَلِّي: اشتقاقها من الْعُنَّةِ، وهي: اسم الموضع الذي تحبس فيه الإبل؛ لأنه احتبس عن المباشرة، ومنه سُمِّيَ عنان الدابة عنانًا؛ لأنه يمنعها من مرادها، انتهى.

قال: (**وَتَثْبُتُ الْعُنَّةُ بِإِقْرَارِهِ**) أي: لدى الحاكم بعد الدعوى عليه به، وكذا قبلها؛ إذا قلنا: إِنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ فيما يظهر.

(**أَوْ بَيِّنَةٍ عَلَى إِقْرَارِهِ**)؛ لاعترافه بعجزه، وَلَا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُهَا بِالْبَيِّنَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا مُطَّلَعَ لِلشُّهُودِ عَلَيْهَا.

قال صاحب «التعجيز» في «شرحه»: وفيه وجهٌ لابن أبي هريرة.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وإليه ذهب أكثر أصحابنا، انتهى.

وهذا وهمٌ منه، والذي في «الحاوي»: عن ابن أبي هريرة والأكثرين: أَنَّهَا ثَبَتَتْ بِإِقْرَارِهِ وبِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ وَإِنْكَارُهُ، نعم، يحتمل أن يقال: يرجع في ذلك إلى أهل الطِّب، ويعمل بقولهم كما في سائر الأمراض، إذا ادعوا الإحاطة بعلم ذلك.

(**وَكَذَا بِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: قول الجمهور؛ لِأَنَّهَا تعلم ذلك بِقَرَائِنِ الأحوال، وطول الممارسة، وإنما يحلف إذا [بان][1] لها ذلك بما ذكرناه.

وَالثَّانِي: لَا يُرَدُّ اليمن عَلَيْهَا؛ لأنه لا اطلاع لها على عجزه؛ أو قد يمتنع مع القدرة، ولذلك قلنا: لا تسمع البينة على نفس العنة.

وعلى هذا قيل: يقضي بنكوله، ويضرب المدة بغير يمينها، وقيل: إذا قلنا: لا يرد اليمين عليها، لا يحلف الزوج أصلًا، ولم يذكروا رده اليمين عليها؛ لوضوحه، فإن حلفت بعد ردِّه اليمين عليها أو بعد نكوله، تثبت العنة، وإلا فلا.

---

(١) في نسخة: (ظهر).

وَإِذَا ثَبَتَتْ ضَرَبَ الْقَاضِي لَهُ سَنَةً، بِطَلَبِهَا، ....

قال: (**وَإِذَا ثَبَتَتْ ضَرَبَ الْقَاضِي لَهُ سَنَةً، بِطَلَبِهَا**) أي: لأن عمر رضي الله عنه أجَّلَه سنةً، كما رواه الشَّافِعِيُّ وغيره(١).

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وهو لَا يَفْعَلُه إِلَّا عَنْ تَوْقِيفٍ أَوِ اجْتِهَادٍ، وشَاوَرَ فِيهِ الصَّحَابَةَ رضي الله عنهم لِأَنَّهُ كَانَ كَثِيرُ الْمَشَاورَةِ فِي الْأَحْكَامِ، فَيَكُونُ مَعَ عَدَمِ الْخِلَافِ فِيهِ إِجْمَاعًا. والمعنى في اعتبار السَّنَة أن العجز العارض يزول بتبدل الفصول، قال البيهقيُّ: وَرويناهُ عَنْ عُمَرَ، وابن مسعود، والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم انتهى.

وَقَالَ فِي «النِّهَايَةِ»: أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى اتِّبَاعِ قَضَاءِ عُمَرَ رضي الله عنه فِي قَاعِدَةِ الْبَابِ.

وعورض بأن الْمَاوَرْدِيَّ حكى عن مالك: أَنَّهُ يُؤَجَّلُ نِصْفَ سَنَةٍ، وَعَنِ الْحَارِثِ بْنِ أَبِي رَبِيعَةَ: أَنَّهُ يُؤَجَّلُ عَشَرَةَ أَشْهُرٍ، وَعَن ابْنِ الْمُسَيِّبِ: إِنْ كَانَتْ حَدِيثَةَ الْعَهْدِ مَعَهُ؛ يؤَجَّل سَنَةً، وَإلا خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، وردها بما قرره من قضاء عمر رضي الله عنه.

قلت: ولعله غير ثابت عنهم، قال الشَّافِعِيُّ في «الأم»: ولم أحفظ عن مفتٍ لقيته خلافًا في أن تؤجَّل امرأة العنين سَنةً؛ فإنْ أصابها، وإلا خُيِّرت في المقام معه وفراقه، انتهى(٢).

---

(١) أخرجه أيضًا ابن أبي شيبة (٣/ ٥٠٤).

(٢) قال الْمَاوَرْدِيُّ: وَكُلُّ هَذِهِ الْأَقَاوِيلِ فَاسِدَةٌ، لَا يَرْجِعُ التَّقْدِيرُ فِيهَا إِلَى أَصْلٍ مِنْ جِهَةٍ، وَتَقْدِيرُ أَصِلِهِ بِالسَّنَةِ أَوْلَى مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ؛ لِأَنَّهُ أَجَلَ الْعِنِّينَ سَنَةً، وَعُمَرُ لَا يَفْعَلُ هَذَا إِلَّا عَنْ تَوْقِيفٍ يَكُونُ نَصًّا أَوْ عَنِ اجْتِهَادٍ شَاوَرَ فِيهِ الصَّحَابَةَ؛ لِأَنَّهُ كَانَ كَثِيرُ الْمَشُورَةِ فِي الْأَحْكَامِ، فَيَكُونُ مَعَ عَدَمِ الْخِلَافِ فِيهِ إِجْمَاعًا، وَإِذَا تَرَدَّدَ بَيْنَ حَالَيْنِ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ لَمْ يَجُزْ بِخِلَافِهِ. وَالثَّانِي: أَنَّ التَّأْجِيلَ إِنَّمَا وُضِعَ لِيُعْلَمَ حَالُهُ، هَلْ هُوَ مِنْ مَرَضٍ طَارِئٍ؛ فَيُرجَى زَوَالُهُ، أَوْ مِنْ نَقْصٍ فِي أَصْلِ الْخِلْقَةِ؛ فَلَا يُرْجَى زَوَالُهُ، فَكَانَتِ السَّنَةُ الْجَامِعَةُ لِلْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ أَوْلَى أَنْ تَكُونَ أَجَلًا مُعْتَبَرًا؛ لِأَنَّ فَصْلَ الشِّتَاءِ بَارِدٌ رَطْبٌ، وَفَصْلَ الصَّيْفِ حَارٌّ يَابِسٌ، وَفَصْلَ الرَّبِيعِ حَارٌّ رَطْبٌ، وَفَصْلَ الْخَرِيفِ بَارِدٌ يَابِسٌ، فَإِذَا مَرَّ بِالْمَرَضِ مَا يُقَابِلُهُ مِنْ فُصُولِ السَّنَةِ ظَهَرَ، وَكَانَ سَبَبًا لِبُرْئِهِ، فَإِنْ كَانَ مِنْ بَرْدٍ فَفَصْلُ الْحَرِّ يُقَابِلُهُ، فَإِنْ كَانَ مِنْ حَرٍّ فَفَصْلُ الْبَرْدِ يُقَابِلُهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ رُطُوبَةٍ فَفَصَلُ الْيُبُوسَةِ يُقَابِلُهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ يُبُوسَةٍ فَفَصْلُ الرُّطُوبَةِ يُقَابِلُهُ، =

فَإِذَا تَمَّتْ رَفَعَتْهُ إِلَيْهِ ....

تنبيهات: قوله: «سَنَةً» أي: بِالْأَهِلَّةِ من حين ضرب القاضي، لا مِنْ وقت إقراره، وسواء في اعتبار السَّنَةِ الْحُرّ وَالْعَبْد عندنا، وَعند مالك: أن العبد يؤجّل نِصْفَ سَنَةٍ.

قوله: «بِطَلَبِهَا»؛ لأن الحق لها، وخُذْ منه أنه لا ينوب عنها وليٌّ في ذلك، سواء كانت [عاقلة][(١)] أو مجنونة.

وخُذْ مِنْ قوله: «وَتَثْبُتُ الْعُنَّةُ [بِإِقْرَارِهِ]» إنه لا تسمع دعواها من امرأة الصبي والمجنون؛ لسقوط قولهما، وحُكِيَ في [الصَّبي][(٢)] المراهق [قولٌ][(٣)] شاذٌّ.

ويكفي في طلبها قَوْلُهَا: إِنِّي طَالِبَةٌ حَقِّي عَلَى مُوجِبِ الشَّرْعِ، وَإِنْ جَهِلَتْ الْحُكْمَ عَلَى التَّفْصِيلِ؛ فَلَوْ سَكَتَتْ لدَهْشَةٍ أَوْ جَهْلٍ؛ فَلَا بَأْسَ بِتَنْبِيهِهَا على الطَّلب للحاجة.

سبق عن «الخصال»: أنه ليس للرتقاء، ولا من يصلح جماعها دعوى العنة، ولو نكح الحرُّ أمة بشرطه؛ فليس لها دعوى العنة؛ لتضمن دعواها بطلان النِّكاح.

قال: **(فَإِذَا تَمَّتْ)** أي: السَّنَة المضروبة عنه.

(رَفَعَتْهُ إِلَيْهِ) أي: ولم يكن لها أن تفسخ بلا رفع ثانٍ على الصحيح، خلافًا للإصطخري؛ لأن الأمر مبني على الإقرار بعدم الإصابة، وما يلحق بذلك من الإنكار والتحليف، فيحتاج إلى نظر الحاكم واجتهاده، وفصله الخصومة، ولم يتعرض لكون هذا الرافع الثاني على الفور أو التراخي، وسبق ما فيه.

= وَإِنْ كَانَ مُرَكَّبًا مِنْ نَوْعَيْنِ فَمَا خَالَفَهُ فِي النَّوْعَيْنِ، هُوَ الْمُقَابِلُ لَهُ، فَإِذَا مَضَتْ عَلَيْهِ الْفُصُولُ الْأَرْبَعَةُ، وَهُوَ بِحَالَةٍ لَمْ يَكُنْ مَرَضًا؛ لِمَا قِيلَ عَنْ عُلَمَاءِ الطِّبِّ: إِنَّهُ لَا يَسْحَرُ الدَّاءُ فِي الْجِسْمِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ، وَعُلِمَ حِينَئِذٍ أَنَّهُ نَقْصٌ لَازِمٌ لِأَصْلِ الْخِلْقَةِ، فَصَارَ عَيْبًا يُوجِبُ الْخِيَارَ، انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٩٢٥).

(١) في نسخة: (مملوكة).

(٢) في نسخة: (الزوج).

(٣) في نسخة: (وجه).

فَإِنْ قَالَ: وَطِئْتُ حَلَفَ، فَإِنْ نَكَلَ حُلِّفَتْ فَإِنْ حَلَفَتْ أَوْ أَقَرَّ اسْتَقَلَّتْ بِالْفَسْخِ،

قال: (**فَإِنْ قَالَ: وَطِئْتُ؛ حَلَفَ**) أي: بعد طلبها يمينه؛ إذ الأصل عدمه، فإنْ حلف بقيت معه، وانتهت الخصومة، وهذا إذا كانت ثيبًا، أما لو قالت: أنا بكرٌ كما كنت، وشهد بذلك أربع من عدول النساء، فالقول قولها بيمينها للظاهر، وقيل: لا يمين، وإنْ حلَّفناها؛ فهل يتوقف ذلك على طلبه؟ فيه وجهان، لم أَرَ فيهما ترجيحًا.

والأشبه التوقف على طلبه؛ لأنه حقه، وهو ظاهر نص «الأم» حيث قال بعد شهادة النسوة ببكارتها: فإن شاء الزوج حلفت هي ما أصابها، ثم فرَّق بينهما، وإذا حلفت؛ لطلبه ودعواه عود البكارة أو دونه؛ حلفت أنه لم يصبها، أو أن بكارتها الأصلية باقية، لم تفسخ إنْ شاءت، كما سيأتي بيانه؛ فإن نكلت؛ حلف هو، وبطل الخيار، فإن نكل؛ فالأصحُّ أن لها الفسخ [ويكون] نكوله[1] كحلفها، هذا في البكر، نعم لَوْ كَانَتْ غَوْرَاءَ، يُمْكِنُ وَطْؤُهَا مَعَ بَقَاءِ الْبَكَارَةِ، كما سبق، وحينئذٍ يكون الْقِيَاسُ تَحْلِيفُهُ أَوَّلًا، كَمَا لَوْ كَانَتْ ثَيِّبًا، ولم أَرَ مَنْ تعرَّض لذلك، إذا وجد الشهادة ببقاء البكارة لهذه وعدمها سيان.

قال: (**فَإِنْ نَكَلَ حُلِّفَتْ**) كغيرها، قالا في «الشرح» و«الروضة»: وفيه الخلاف السابق، أي: وهو أوجه:

أصحها: تحلف.

وثانيها: يقضي بنكوله.

وثالثها: لا ردَّ، ولا قضاء بنكوله.

وفيما قالاه غرابةٌ ونظرٌ؛ لأن ما سبق من الخلاف في حلفها على العنة التي تخفى غالبًا، وهنا يحلف على عدم الإصابة، وهي أمر معلوم؛ فمن أين يأتي ذلك الخلاف أو غيره؟ والوجه القطع بردِّ اليمين هنا.

قال: (**فَإِنْ حَلَفَتْ أَوْ أَقَرَّ اسْتَقَلَّتْ بِالْفَسْخِ**) كما لو ثبت عيب الممتنع بالبينة عند الحاكم.

(١) في نسخة: «نكولها».

وَقِيلَ يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْقَاضِي أَوْ فَسْخِهِ، وَلَوْ اعْتَزَلَتْهُ أَوْ مَرِضَتْ أَوْ حُبِسَتْ فِي الْمُدَّةِ لَمْ تُحْسَبْ، ....

(وَقِيلَ: يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْقَاضِي أَوْ فَسْخِهِ) يعني: أن الفسخ إليه؛ لأنه في محل النظر والاجتهاد فيتعاطاه، أو يأذن لها فيه، وقيل: هو لا يتولاه إلا الحاكم، ذكره جماعة، وعزاه في «البيان» إلى الشيخ أبي حامد، وهو ضعيفٌ.

واعلم أن قضية كلامه أنها على الأول تستقل بالفسخ، ولا حاجة مع الإقرار أو الحلف إلى شيء آخر، حتى لو يأذن بعد حلفها، أو إقراره بالفسخ؛ انفسخ، لكنه قال في أصل «الروضة»: إنه لا بدَّ مع ذلك من قول القاضي؛ تثبت العنة، أو يثبت حق الفسخ، فاختاري على أصحِّ الوجهين، انتهى، وعبارةُ الْغَزَالِيِّ: فإذا قضي عليه بالعنة فسخت. قال ابن الرِّفْعَة: وظاهرها أنها لا تسلط على الفسخ، ما لم يقل القاضي: حكمتُ بعنته، أو ما في معناه من تخييرها بالفسخ والبقاء، وهو ظاهرُ نص الشَّافِعِيِّ، انتهى.

وقوله: «فاختاري»، ليس بشرط، بل المراد به إعلامها بدخول وقت الاختيار، فلو فسخت بعد قوله: [ثبتت كان] العنة، بعيدٌ؛ ولهذا طرحها الرَّافِعِيُّ في «الشرح الصغير»، وكلام غيره يقتضي ذلك، ولم يذكرها الْغَزَالِيُّ، وإنما وقعت هذه اللفظة في «النهاية»، ومراده ما ذكرناه، وكلام بعض الشارحين يقتضي أنه لا بدَّ منها، أو من قوله: حكمت، إذا لم يجعل الثبوت حكمًا؛ فإنه قال: والقول بتمكنها من الفسخ قبل قول القاضي ثبت عندي بعيد، وبعد قوله: ثبت عندي، ولا قال: ولا تخيري، ينبغي أن يبنى على الثبوت، حكم أو لا؛ فلا بدَّ من حكم؛ ليرفع الخلاف، فيجب تأويل كلام «المنهاج» على المراد، استقلت بالفسخ بعد حكمه، انتهى.

قال: (وَلَوْ اعْتَزَلَتْهُ أَوْ مَرِضَتْ أَوْ حُبِسَتْ فِي الْمُدَّةِ لَمْ تُحْسَبْ)؛ لأن أمر المهلة إنما يظهر إذا كان الزوج مخلي معها، فإذا لم يكن مخلي؛ فلا حكم للمدة، كذا علله الإمام.

واقتصار المصنف على ذكر ذلك من جانبها فقط؛ يفهم أن حبسه ومرضه لا يمنع، كما حكاه الرَّافِعِيُّ عن «مجموع ابن الْقَطَّان»، وجرى عليه

وَلَوْ رَضِيَتْ بَعْدَهَا بِهِ بَطَلَ حَقُّهَا، وَكَذَا لَوْ أَجَّلَتْهُ عَلَى الصَّحِيحِ.

الشارحون، وفيه نظرٌ ظاهرٌ، وأغفلته «الروضة»، وقد حكى في سفره خلافًا مع كونه باختياره غالبًا، فهذا أولى، والحق أن حبسه أو مرضه الذي يمكنه معه إتيانها يمنع الاحتساب، وهو قضية ما في «النهاية»، و«البسيط»، وتوجيه الإمام كالمصرح به، وفي معنى حبسه سفره كرهًا.

وفي شرح «التعجيز»: أنه لو فرَّق بينهما قهرًا؛ لم يحسب المدة، كعدم تمكنه، لا بتقصير منه، وفي سفره، وكذا مرضه تردد؛ لأنه عُذِرَ شرعًا، انتهى.

فرع: حيضها لا يمنع الاحتساب، وهو قضية إطلاق الأكثرين والشَّافِعِي والأصحاب، وفي النفس منه شيء؛ إذا كان حيضها أكثر الحيض، ويتكرر كل شهرٍ، ولم يذكر النفاس والاستحاضة لا تمنع الوطء، فلو تخيرت لم أرَ فيه نصًّا، والوجه عدم الاحتساب، كالمرض، وأولى.

قال الرَّافِعِيُّ: لو عرض في بعض السَّنَة مانع، ثم زال؛ فالقياس أن تستأنف، أو تنتظر مثل ذلك الفصل من السَّنة الأخرى.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيه نظرٌ؛ لأن ذلك أيضًا يلزم الاستئناف؛ لأن ذلك الفصل إنما يأتي في سنة أخرى، لو مضى الحول فادَّعت عجزه، وادَّعى أنها منعته نفسها في المدة، أو بعضها فكذبته، فإنْ كان لأحدهما بينة فذاك، وإلا صدق بيمينه، فإذا حلف ضربت المدة ثانيًا، وأسكنها في جوار قوم ثقات، يتفقدون حالهما، فإذا مضت المدة اعتمد القاضي الثقات، وجرى على حكمه، ذكره الْمُتَوَلِّيُّ، إذا فسخت بالعنة؛ فلا شيء لها من المهر، وفي قول: كله، وفي قول: نصفه، وهما شاذان.

قال: (**وَلَوْ رَضِيَتْ بَعْدَهَا بِهِ بَطَلَ حَقُّهَا**) كما في سائر العيوب، وقوله: «بَعْدَهَا» زيادةً لا بدَّ منها؛ فإنها لو رضيت به في المدة، أو قبل ضربها؛ لم يبطل حقها على الجديد الأظهر، ولها الخيار بعد المدة.

قال: (**وَكَذَا لَوْ أَجَّلَتْهُ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: بأن قالت بعد مضي المدة: أجَّلته شهرًا أو أقل أو سنة؛ لأن الخيار على الفور.

فَصْلٌ

وَلَوْ نَكَحَ وَشُرِطَ فِيهَا إِسْلَامٌ أَوْ فِي أَحَدِهِمَا نَسَبٌ أَوْ حُرِّيَّةٌ أَوْ غَيْرُهُمَا، فَأُخْلِفَ فَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ، ....

والثاني، وبه قال ابن الْقَطَّان وغيره: إنَّ لها ذلك، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شاءت، انتهى.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان»: أنه قاله، ثم قال في «درسه» ثانية: إنه يقوى عندي أنه قد بطل خيارها.

قال: (**فصل: وَلَوْ نَكَحَ وَشُرِطَ فِيهَا إِسْلَامٌ أَوْ فِي أَحَدِهِمَا نَسَبٌ أَوْ حُرِّيَّةٌ أَوْ غَيْرُهُمَا، فَأُخْلِفَ؛ فَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ**)؛ لأن البيع لا يفسد بخلف الصفة مع تأثره بالشروط الفاسدة؛ فَالنِّكَاحُ أَوْلَى.

والثاني: فساده؛ لأنه يعتمد الصفات، فتبدلها كتبدل العين، ثم لا بدَّ لجريان القولين من توفر شروط الصحة، فلو شرط إسلامها، فخرجت كافرة غير كتابية؛ فباطل قطعًا، وإنْ كان عبدًا؛ فلا بدَّ أن يكون نكح بإذن معتبر، أو بانت أمة؛ فلا بدَّ من كونه ممن يباح له الأمة، وإلا فباطل فيهما.

تنبيه: قوله: «أَوْ غَيْرُهُمَا» يفهم جريان القولين في كلِّ الصفات، كأن المشروط صفة كمال كالجمال، واليسار، والبكارة، أو صفة نقص كأضدادها، أو كان مما لا يتعلق به كمال ولا نقصان، وهو ما صرَّح به العراقيون وغيرهم.

وقال القاضي الحسين: عندي أن ما لا يرغب فيه لا يبطل خلعه قولًا واحدًا، وخصَّ القولين بكلِّ صفةٍ مرغوب فيها، وعن شرح «مختصر الجويني»: أنهما في النسب والحرية، وما يؤثر في الكفاءة لا غير.

واعلم أنه قال في «الأم» في باب «العيب في المنكوحة»: ولو تزوَّج امرأة على أنها جميلة، شابة، موسرة، تامة، بكر؛ فوجدها عجوزًا، قبيحةً، معدمةً، قطعاء، ثيبًا، أو عمياء؛ فلا خيار له، وقد ظلم من شرط هذا نفسه، فاقتصر على الصحة في هذه الأشياء، وعلى نفي الخيار فيها، مع ذكره الخلاف في

ثُمَّ إِنْ بَانَ خَيْرًا مِمَّا شُرِطَ فَلَا خِيَارَ، وَإِنْ بَانَ دُونَهُ فَلَهَا الْخِيَارُ، وَكَذَا لَهُ فِي الْأَصَحِّ.

الصحة في النسب والحرية، ولعل هذا أصل هذه الطريقة.

قال مفرعًا على الأظهر: (**ثُمَّ إِنْ بَانَ خَيْرًا مِمَّا شُرِطَ؛ فَلَا خِيَارَ**) كما لو شرط ثيبًا فبانت بكرًا أو كتابية فبانت مسلمة، أو أمة فبانت حرة، قال الشَّافِعِي: وليس النكاح كالبيع.

(**وَإِنْ بَانَ دُونَهُ**) أي: دون المشروط.

(**فَلَهَا الْخِيَارُ، وَكَذَا لَهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: للخلف.

واعلم أن إطلاقه يقتضي ثبوت الخيار لها في النَّسب مطلقًا، متى بان دون المشروط، والأظهر في «الروضة» و«الشرح الصغير»، وقضية ما في «الكبير»: أنه تناولها في النسب أو زاد عليها؛ فلا خيار لها، وإنْ كان دون المشروط.

قال الرَّافِعِي: وعن القاضي أبي حامد طريقة [قاطعة] بانتفاء الخيار لها وللأولياء؛ لأن الكفاءة حاصلة، انتهى.

ويؤيد هذه الطريقة قوله في «الأم»: ولو غرَّها بنسبٍ فوجد دونه، وهو بالنسب الدون كفء لها؛ ففيها قولان:

أحدهما: أنه ليس لها، ولا لوليها خيار من قبل الكفاءة لها، وإنما جعل لها ولوليها من قبل التقصير عن الكفاءة، فإذا لم يكن تقصير فلا خيار، وهذا أشبه القولين، وبه أقول، انتهى.

وهو ما رواه الْبُوَيْطِيُّ، قال: والقول الآخر: إن النكاح مفسوخ، أي: باطل، فالذي في «الأم» و«البويطيِّ» على قول الصحة الجزم بأنه لا خيار لها، وقضية نصوصه ﷺ أنه لا خيار لها بخلف الصفات التي لا تشترط في الكفاءة، كالجمال والطول وغيرهما، وهو خلاف ما اقتصر عليه في «الشرح» و«الروضة» وسبق عن نصِّه أنه إذا شرط أمورًا لا تعتبر في الكفاءة أنه لا خيار بخلفها؛ فإن ثبت له نص يخالف ذلك فذاك، وإلا فمذهبه ما ذكرته.

واعلم أن قضية كلام «المنهاج» أيضًا: أنها لو شرطت حريته فبان عبدًا لها

....

الخيار، وإن كانت أمة، والذي في «الروضة»: أنها إنْ كانت حرة فلها ولوليها الخيار، وإنْ كانت أمة؛ فوجهان، وقيل: يثبت قطعًا، فإنْ أثبتناه، قال القاضي الحسين والإمام والْمُتَوَلِّي: هو للسيد دونها، وكلام «الحاوي» يفهم أنه لهما، كما اقتضاه إطلاق «المنهاج»: قال: «وَكَذَا لَهُ فِي الْأَصَحِّ»؛ لِلْغُرُورِ.

والثاني: لا؛ لتمكينه من التخلص بالطلاق.

تنبيهات: أحدها: إطلاقه يقتضي أن لها الخيار متى أخلفت، والذي في «الروضة» و«الشرح» أن حكم النسب من جانبها كهو من جانبه، فلا خيار إلا إذا كان نسبها دون نسبه.

ثانيها: إطلاقه يقتضي أن له الخيار إذا شرط حريتها، فخرجت أمة، والذي في أصل «الروضة»: أنه إنْ كان حرًّا؛ فله الخيار على المذهب، أو عبدًا؛ فلا خيار على المذهب.

ثالثها: عبارة «الروضة»: فطريقان؛ **أصحهما**: أنه كهي، فيثبت له الخيار إنْ كانت دون نسبه، وإلا ففيه القولان، **والثاني**: لا خيار قطعًا، وإذن لا معنى لإطلاقه وجهين.

رابعها: قال شارح: ذكر ابن الرِّفْعَة هذا الترتيب الذي ذكره الرَّافِعِيُّ عن طوائف من الأصحاب، وأن الصحيح عند القاضي أبي الطيب ثبوت الخيار، خلافًا للبغويِّ، وأن المزني والربيع أطلقا القولين في ثبوت الخيار بالخلف في النَّسبِ، وأن ذلك يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون نسبه فوق نسبها، أو مثله، أو دونه، وأن الخلاف [في الحرية] مرتب على الخلاف في النَّسب، وأنك إذا اختصرت قلت في ثبوت الخيار: إذا غرر الزوج بالحرية ثلاثة أقوال:

ثالثها: إنْ كان الزوج عبدًا؛ فلا خيار له، وإلا فله الخيار، وقد حكاه الإمام، كذلك رواية العراقيين، وصاحب «التقريب»، كما في «المحرر» و«المنهاج»: يصح ما صححه القاضي أبو الطيب؛ ولكن الرَّافِعِيُّ لم يحله، قال: وأنا أختاره؛ لأنه قد يكون لها غرض، ولولا ذلك لما اشترطه، فلا فرق

....

بين أن يكون فوق نسبها أو لا ، وكذلك لو شرطت أن يكون فقيهًا ، أو طبيبًا ، أو نحوه، انتهى، وليس كما قال لما سبق.

ويأتي خامسها: لو كان المشروط صفةً أخرى كما أشرنا إليه، قال في «الروضة»: فإنْ شرطت في الزوج، فبان دون المشروط؛ فلها الخيار، وإنْ شرطت فيها، ففي ثبوت الخيار قولان؛ لتمكنه من الطلاق، وإنْ قلت: الأظهر الثبوت، انتهى.

وكلام «المنهاج» منطبق على هذا، والْمَاوَرْدِيُّ حكى الخلاف في جانبها أيضًا، وقضية كلام الشيخين: أنها إذا شرطت فيه غير النَّسب والحرية، فبان دونها أن لها الخيار؛ فعلى هذا لو شرطت جمالًا، أو طولًا، أو شبابًا ونحوها، فأخلف؛ ثبت الخيار، وفيه نظرٌ، والوجه عدم ثبوته، وبه أجاب الدارميُّ فيما إذا شرط الزوج، كما نصَّ عليه في «الأم»، وقد قالا: إنها إذا شرطت نسبًا شريفًا، فأخلف؛ ولكنه مساوٍ لها؛ لا خيار على الأظهر، والنَّسب صفة معقودة مهمة، ولم يثبت تخلفها خيار في هذه الحالة؛ لكونها لا مدخل لها في الكفاءة، فكذا يجب أن تكون الصفات التي لا مدخل لها في الكفاءة، كذلك لا خيار ويخلفها، وقد نصَّ في «الأم» على أنه لا خيار بخلف الجمال، والبكارة، وسلامة الأعضاء، كما سبق؛ لكنه ذكره من جانب الزَّوج، والظاهر أنه لا فرق، ولا أثر لقدرته على الطلاق، ولم يعلل بذلك؛ بل إن النكاح مخالف للبيع، وقضيته عدم الفرق بين الزوجين، ويقوي هذا كل القوة، إذا كان مثلها، أو فوقها، أو مقاربًا لها، أما لو كانت في أول شبابها فشرطت شبابه، فبان شيخًا هرمًا، فيظهر ثبوت الخيار؛ لبُعد ما بينهما.

واعلم أن ما قدَّمته إنما يتضح فيما إذا نكح البالغ العاقل، أو البالغة العاقلة بشرطه، أما لو زوَّج الأب الصغير أو الصغيرة، وشرط وصفًا مقصودًا زائدًا على الكفاءة، وفي إخلافه عدم نظر للمولى عليه وضرر؛ أن يثبت الخيار لا محالة، ولا ينقدح في بعض صوره خلاف، وكذا لو زُوِّجَ مِنْ غيره بوكالةٍ،

وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً أَوْ حُرَّةً فَبَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ أَمَةً وَهِيَ تَحِلُّ لَهُ فَلَا خِيَارَ فِي الْأَظْهَرِ،

وأمره باشتراطه صفة، فشرطها فأخلفت.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِيِّ»: تزوجها بشرط البكارة، فوجدت ثيبًا، وقالت: كنت بكرًا فزالت البكارة عندك، وقالت: كنت ثيبًا، صدقت بيمينها؛ لدفع الفسخ، ولو قالت: كنت بكرًا فافتضني فأنكر، فالقول قولها بيمينها؛ لدفع الفسخ، وقوله بيمينه؛ لدفع كمال المهر؛ يعني: إنْ طلَّق أو فسخ، أو قلنا: النكاح باطل، وكان لم يدخل بها، حتى لا يطالب بالشطر، ولا بالكلِّ.

قال: (**وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً أَوْ حُرَّةً فَبَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ أَمَةً، وَهِيَ تَحِلُّ لَهُ؛ فَلَا خِيَارَ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لأن ظن الكمال لا يثبت الخيار في البيع، كما لو ظن العبد كاتبًا فلم يكن؛ بل النكاح أولى؛ لبعده على الخيار.

والثاني: يثبت الخيار؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ الدَّارِ الْإِسْلَامُ وَالْحُرِّيَّةُ.

واعلم أنه نصَّ فيما إذا بانت كتابية على الخيار، وفيما إذا بانت أمة على أنه لا خيار، [فقيل قولان نقلًا وتخريجًا، ورجحها في «الروضة»] وقيل: لا خيار فيهما قطعًا، حكاه الإمام، وقيل: بتقرير النَّصَّيْنِ، وفرَّقوا بوجهين:

أحدهما: أَنَّ وَلِيَّ الْكَافِرَةِ كَافِرٌ، وللكافر علامة يَتَمَيَّزُ بِها، وَخَفَاءُ أمره إِنَّمَا يَكُونُ بتلبِيسِه، وَوَلِيُّ الرقيقة لَا يَتَمَيَّزُ عَنْ وَلِيِّ الْحُرَّةِ؛ فلا تغرير؛ بل الزَّوج هو المقصر.

والثاني: أن الكفر منفر للمسلم، فألحق بالعيوب، والرِّق لا ينفر.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا أشبه، واعترض الفرق الأول؛ لأنه لا حق للولي بعد العقد، والمتضرر بالفسخ الزوجة؛ فكيف يجعل تقريره سببًا لإبطال حقها من الشطر قبل الدخول؟! أو من التفاوت بين المسمى، ومهر المثل بعده.

فرع: لو بانت الحرة مؤجرة، قال الدارميُّ: إن قلنا: لا خيار، إذا بانت أمة فأولى، وإلا فوجهان، والمذكور في «الحاوي»: أن له الخيار إذا جهل؛ لفوات الاستمتاع عليه بالنهار، وأنه لا يسقط خياره برضا المستأجر بالاستمتاع نهارًا؛ لأنه تبرع.

وَلَوْ أَذِنَتْ فِي تَزْوِيجِهَا بِمَنْ ظَنَّتْهُ كُفْئًا فَبَانَ فِسْقُهُ أَوْ دَنَاءَةُ نَسَبِهِ وَحِرْفَتِهِ فَلَا خِيَارَ لَهَا .

قُلْتُ: وَلَوْ بَانَ مَعِيبًا أَوْ عَبْدًا فَلَهَا الْخِيَارُ، وَالله أَعْلَمُ.

قال: (**وَلَوْ أَذِنَتْ فِي تَزْوِيجِهَا بِمَنْ ظَنَّتْهُ كُفْئًا فَبَانَ فِسْقُهُ أَوْ دَنَاءَةُ نَسَبِهِ وَحِرْفَتِهِ؛ فَلَا خِيَارَ لَهَا**) ؛ لتقصيرها ووليها، حَيْثُ لَمْ يَبْحَثَا، هذا هو المذهب، وسيأتي بيانه.

قال: (**قُلْتُ: وَلَوْ بَانَ مَعِيبًا أَوْ عَبْدًا؛ فَلَهَا الْخِيَارُ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أما إذا بان معيبًا فواضح، وذكر ذلك تكرار لما سبق أول الباب، وأما إذا بان عبدًا؛ فموضع ثبوت الخيار إنْ أسلم للحرة، أما الأمة؛ فلا خيار لها، وأما ثبوت الخيار للحرة إذا بان عبدًا، فأفتى [ابن الصَّلاح][1] وغيره، وتبعه المصنف، وهو خلافُ النصِّ.

قال في «الأم» في «باب العبد يغر من نفسه»: وإن خطبها، ولم يذكر شيئًا وظنته حرًّا؛ فلا خيار لها، هذا نصُّه بحروفه.

وقال البيهقيُّ في «المبسوط»، وفي «مختصر الربيع» عن الشَّافِعِيِّ: وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ الْمَرْأَةَ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهَا الْحُرِّيَّةَ وَلَا غَيْرَهَا، فَقَالَتْ: قد ظَنَنْتُك حُرًّا؛ فَلَا خِيَارَ لَهَا، وَقِيلَ: لَهَا الْخِيَارُ، انتهى.

وقد قيل: لا يقتضي أن يكون قولًا للشافعيِّ، وإنْ كان فهو قولٌ غريبٌ، نعم، ووقع ذلك في كلام الشيخ أبي حامد، وبه أفتى ابن الصباغ والْمُتَوَلِّي، وَهُوَ شَاذٌّ لَا جَرَمَ.

قال الشيخ أبو إسحاق العراقي في «شرح المهذب»: إذا ظنته حرًّا فبان عبدًا غَيْرِ كُفؤٍ؛ فلا خيار لها، [وحكى بعضهم وجهًا آخر، انتهى.

إذا عرفت هذا مختصرًا؛ فاعرف أن الغزاليَّ قال: إذا ظنته كفؤًا فبان غير كفؤٍ؛ فلا خيار لها].

قال الرَّافِعِيُّ في «الشرحين» معللًا: لأنه لم يخير بشرط، وَالتَّقْصِيرُ مِنْهَا

---

(١) في نسخة: (ابن الصباغ).

....

وَمِنْ الْوَلِيِّ، حَيْثُ لَمْ يَبْحَثَا، وَلَيْسَ هَذَا كَظَنِّ السَّلَامَةِ عن الْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الظَّنَّ هناك يُبْنَى عَلَى أن الْغَالِبَ السَّلامة، وَهُنَا لَا يمكن أن يُقَالَ: أن الْغَالِبَ كَفَاءَةُ الْخَاطِبِ.

هكذا أطلق المسألة الْغَزَالِيُّ، وينبغي أن يفصل، فيقال: إنْ كان فوات الكفاءة لدناءة نسبه، أو حرفته، أو فسقه؛ فالجواب ما ذكرنا، وإنْ كان فواتها لعيبٍ، به يثبت الخيار، وإنْ كان فواتها لرقه؛ فليكن الحكم كما سنذكره فيما إذا نكح امرأة على ظنٍّ أنها حرة، فإذا هي رقيقة، بل جانب المرأة أولى بإثبات الخيار من جانب الرجل.

قال في «الروضة» إثر هذا: قلت: هذا الذي ذكره الْغَزَالِيُّ ضعيفٌ، وفي «فتاوى» صاحب «الشامل»: لو تزوَّجت حرة برجلٍ مطلقًا، فبان عبدًا؛ فلها الخيار، وذكر غيره نحو هذا، والمختار ثبوت الخيار بالجميع، وقد أنكروا على الْغَزَالِيِّ هذه المسألة. وقد ذكر الرَّافِعِيُّ بعد هذا قبيل كتاب «الصَّداق» عن «فتاوي القاضي الحسين»: أنها لو أذنت في تزويجها برجلٍ، ولم تعلم فسقه، فبان فاسقًا؛ صحَّ النِّكاحُ؛ لوجود الإشارة إلى عينه.

قال الْبَغَوِيُّ: لكن لها حق الفسخ، كما لو أذنت في رجلٍ، ثم وجدته معيبًا، وعجب من الإمام الرَّافِعِي، كيف قال هنا ما قال مع نقله عن الْبَغَوِيِّ هذا؟! والله أعلم.

قال شارح: وعجبت منه، كيف وافق في «المنهاج» «المحرر» مع نقله عن الْبَغَوِيِّ هذا. وعجبتُ ممن أنكر على الْغَزَالِيِّ، والْغَزَالِيُّ إنما أطلق، فيحمل إطلاقه على ما إذا بان عدم الكفاءة بفوات الفضيلة من غير عيبٍ، كما إذا ظنته قرشيًّا، فبان غير قرشي، وليس دني النسب أو نحوه، كما أفاده كلام الإمام، انتهى.

ولم يصنع شيئًا، والإنكار على الْغَزَالِيِّ في غير العيوب منكر، وكلام «النهاية» منطبق على بحث الرَّافِعِيِّ، ومراد الْغَزَالِيِّ أنه لا خيار في غير العيوب،

....

وأما خيار العيوب فأمره واضح، وإنما لم يستثنه؛ لوضوحه وبيانه في موضعه.

قال الإمام هنا: ولو كان للمرأة ولي واحد فزوَّجها من مجهول الحال، ثم بان أنه ليس كفؤًا؛ فلا خيار، وباتفاق الأصحاب، وليس كما لو بان الزوج عبدًا، فإن فيه التردد المتقدم، وكلامه يقتضي أن الراجح فيها أنه لا خيار أيضًا؛ لأنه جعله كما لو بانت الزوجة رقيقة، والمرجح فيها أنه لا خيار، وهو منطبقٌ على النصوص السابقة.

قال: والفارق إن رقَّه لا يمتنع أن يكون كالعيب، ومن حكم العيب ثبوت الفسخ، وإن جرى العقد مطلقًا، فإنَّ الرِّقَّ يُعدُّ من النَّقائص، والأصل السَّلامة عنه بالحرية الأصلية، وأما شرف النَّسب ودناءته؛ فإنهما بمثابة المناقب المطلوبة، والغرر عنها، والعقود مطلقة لا يثبت خيارًا في أبوابها عند اختلاف الظنون من غير شرط، انتهى.

وقال في كلامه على خصال الكفاءة: ولو بان المعين ليس كفؤًا في النسب، ولم يثبت به عيب من العيوب؛ فالمذهب الذي عليه الْبَغَوِي: أنه لا يثبت حق الخيار، وفيه شيء سنذكره في باب الغرور، وكأنه أشار إلى التردد فيما إذا بان عبدًا، فإنه لم يذكر غيره، وقد قدَّمنا النصوص فيه، فالمذهب الذي عليه الْبَغَوِي، ودلَّت عليه النصوص، وحققه الإمام ما بيِّناه، نعم كلام جماعة قليلة، يفهم أنه إذا بان فاسقًا أو دنيًّا، أن لها الخيار، وبه أفتى الْبَغَوِيُّ.

وفي «الحاوي»: لو نَكَحَته مُطْلَقًا، مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، لَكِنِ اعْتَقَدَتْ فِيهِ كَمَالَ الْأَحْوَالِ، فَبَانَ بِخِلَافِهَا؛ فإن كان بالنقْصَانِ غَيْر كُفْؤٍ، كما لو كانت حُرَّةً وَهُوَ عَبْدٌ، أَوْ هَاشِمِيَّةً وَهُوَ نَبَطِيٌّ، أَوْ غَنِيَّةً وَهُوَ فَقِيرٌ، فَلَهَا الْخِيَارُ؛ لِأَنَّ نِكَاحَ غَيْرِ الْكُفْءِ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْعلم وَرِضَا.

وَإِن كان مَعَ نُقْصَانِ أَحْوَالِهِ كُفُؤًا لَهَا؛ فَلَا خِيَارَ لَهَا فِي غَيْرِ الرِّقِّ، وَفي خيارها إِذَا وَجَدَتْهُ عَبْدًا؛ وجهان[1].

---

(١) نصه في «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٧١): أَحَدُهُمَا: لَا خِيَارَ لَهَا؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ كُفُؤًا لَهَا يَمْنَعُ مِنْ =

وَمَتَى فُسِخَ بِخُلْفٍ فَحُكْمُ الْمَهْرِ وَالرُّجُوعِ بِهِ عَلَى الْغَارِّ مَا سَبَقَ فِي الْعَيْبِ، وَالْمُؤَثِّرُ تَغْرِيرٌ قَارَنَ الْعَقْدَ، ....

فحصل فيما إذا بان نسبه دون نسبها، أو حرفته دنية، أو فاسقًا وجهان: الصحيح المختار: أنه لا خيار، وحصر الشَّافِعِي والجماهير ثبوت الخيار في العيوب الخمسة أول دليل، وأقوى شاهد له مع نصوصه، فيما إذا بان عبدًا، والمذهب نُقِل، والنكاح بعيد عن الخيار، فلا معنى لثبوته بمجرد ظن الكمال من غير شرط، ولا تغرير، وفارقت العيوب هنا غيرها، لما لا يخفى، والله أعلم.

قال: (**وَمَتَى فُسِخَ بِخُلْفٍ؛ فَحُكْمُ الْمَهْرِ وَالرُّجُوعِ بِهِ عَلَى الْغَارِّ مَا سَبَقَ فِي الْعَيْبِ**) أي: فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ سقط المهر، أَوْ بَعْدَهُ؛ يجب مهر المثل أو الْمُسَمَّى أو أقلهما؟ أوجهٌ الصحيح المنصوص الأول، وهل يرجع الزوج على من غرَّه؟ فيه الخلاف السابق، هذا ما ذكراه.

وإطلاق الكتاب يقتضي أن الخلاف السالف فيما أحال عليه يجيء كله هاهنا، ولم أره، وبذلك صرَّح شارحٌ، فقال: ما سبق في العيب عند قول المصنف: والفسخ قبل دخول، يسقط المهر إلى قوله: على من غيره في الجديد، وكذا الحكم في النفقة، والكسوة في مدة العدة، والسكن على ما سبق، فكلُّ ما ذكر هناك من خلافٍ وتفصيل في تلك المسائل، كلها عائد هاهنا، وما قاله ظاهر.

قال: (**وَالْمُؤَثِّرُ تَغْرِيرٌ قَارَنَ الْعَقْدَ**) أي: بالنسبة إلى جريان الخلاف في الصحة، وثبوت الخيار بالخلف، وأما التغرير السابق؛ فلا يؤثِّر في صحة العقد، ولا في الخيار على الصحيح، وقيل: يؤثِّر فيهما، وأما بالنسبة إلى الرجوع بالمهر، إذا أوجبناه؛ فالتغرير السابق كالمقارن.

قال الإمام: لكن يشترط اتصاله بالعقد، فلو قال: فلانة حرة في معرض

= دُخُولِ النَّقْصِ وَالْعَارِ عَلَيْهَا، وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَهَا؛ لِأَنَّ نَقْصَ الرِّقِّ مُؤْتَمَرٌ فِي حُقُوقِ النِّكَاحِ بِمَا لِسَيِّدِهِ مِنْ مَنْعِهِ مِنْهَا بِخِدْمَتِهِ وَإِخْرَاجِهِ فِي سَفَرِهِ، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ لَهَا إِلَّا نَفَقَةُ مُعْسِرٍ، فَاقْتَضَى أَنْ يَثْبُتَ لَهَا الْخِيَارُ فِي فَسْخِ نِكَاحِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ وَصَحَّحْنَاهُ فَالْوَلَدُ قَبْلَ الْعِلْمِ حُرٌّ، ....

الترغيب في النِّكاح، ثم زوَّجها على الاتصال بوكالة أو ولاية؛ فهو تغرير.

قال الرَّافِعِيُّ وتبعه المصنف: وَيُشْبِهُ أَلَّا يَعْتَبِرَ الِاتِّصَالَ بِالْعَقْدِ عَلَى مَا أَطْلَقَهُ الْغَزَالِيُّ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الضَّمَانِ أَوْسَعُ بَابًا(١).

قال ابن الرِّفْعَة: ورأيت في «البسيط» ما يشعر بأن الإمام وافق الأصحاب على أن الخلاف في بطلان العقد عند الخلف، محله على المذهب، إذا اقترن الغرور بالعقد، والخيار والرجوع بالمهر، فهو الذي خالفهم فيه.

وكلام الرَّافِعِيِّ يُفهم أن الإمام إنما خالفهم في الرجوع بالمهر فقط، وهو موافق لهم في أن محل الخلاف في بطلان العقد، وإثبات الخيار عند الخلف إذا كان الغرور مقترنًا بالعقد.

وقال في «الكفاية» مستدركًا قول الإمام: إن التغرير بالنسبة إلى الرجوع بالمهر لا تعتبر مقارنته بخلاف التغرير بالنسبة إلى الفساد والخيار، والرجوع بالمهر إنما يكون إذا قلنا بفساد النكاح أو قلنا: بالصحة وثبوت الخيار ففسخ، أما إذا صححنا ولم يفسخ؛ فالواجب المسمى، ولا رجوع به على أحد، وإذا كَانَ التَّصْوِيرُ كذلك، لزم أن يقول: إذا وجد الشرط قبل العقد، وقلنا: بأنه غير مؤثر أن النكاح صحيح ولا خيار، والواجب حينئذٍ المسمى، ولا رجوع على أحدٍ؛ فلا وجه [إذًا] للفرقة بين الرجوع بالمهر وغيره كما ذُكر، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ، وَصَحَّحْنَاهُ فَالْوَلَدُ قَبْلَ الْعِلْم حُرٌّ**) أي: وإن كان الزوج حرًّا أو عبدًا؛ لِاعْتِقَادِهِ أَنَّهَا حُرَّةٌ، وَوَلَدُ الْحُرَّةِ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا حُرًّا، فَاعْتُبِرَ ظَنُّهُ، كَمَا لَوْ وَطِئَ أَمَةَ الْغَيْرِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ الْحُرَّةُ.

إشارات: قضية هذا التوجيه أنه لو ظنها زوجته الأمة [أنه يكون رقيقًا، وهو كذلك] أو أنه يفجر بأمة الغير أن الولد يكون رقيقًا؛ تبعًا لظنه، ولم أَرَ مَنْ قاله، لا فرق في انعقاد الولد حرًّا بين أن يحكم بصحة العقد أو فساده، وكلامه

(١) قال الخطيب: تَوَهَّمَ بَعْضُهُمْ اتِّحَادَ التَّغْرِيرَيْنِ، فَجَعَلَ الْمُتَّصِلَ بِالْعَقْدِ قَبْلَهُ كَالْمَذْكُورِ فِيهِ فِي أَنَّهُ يُؤَثِّرُ فِي الْفَسْخِ فَاحْذَرْهُ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِذَلِكَ إِظْهَارُ الْحَقِّ، انظر: مغني المحتاج (١٢/ ٣٩٣).

وَعَلَى الْمَغْرُورِ، قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهَا ....

يشعر بتخصيص ذلك بقول الصحة؛ لأن عليه الحرية ما ذكرناه من الظنِّ، وسواء أجاز أو فسخ حيث خيَّرناه، وكذلك القول في تغريمه قيمة الولد سواء، وقوله: والولدُ حُرٌّ أي: ينعقد حرًّا، وقيل: ينعقد رقيقًا، ثم يعتق على الفور.

وقال أبو حنيفة: إنْ كان الزوج عبدًا؛ فالأولاد أرقاء.

وقال ابن حزم الظَّاهري: هم أرقاء أي: مطلقًا، ولا شيء عليه.

قال بعض الشارحين: وهو قوي؛ لعدم النص فيه، ولا قياس قوي، والآثار الواردة في ذلك في بعضها انقطاع، وأما الولد الحادث بعد العلم برقها؛ فهو رقيقٌ، ويميز من جملته قبل العلم وبعده بالوضع، فإنْ كان لأقل من ستة أشهر؛ فحرٌّ، ومَنْ وضعته لستة أشهر من وطئه بعد علمه، فرقيقٌ، قاله الْمَاوَرْدِيُّ، وفيه وقفةٌ، يدركها المتأمل.

قضية إطلاقهم أن كلَّ مَنْ حملت به بعد علمه برقها يكون رقيقًا لسيدها، سواء كان الزوج يعلم أن ولد الحر من الزوجة الرقيقة رقيق، أو يجهل ذلك، أو يظن أنه ينعقد حرًّا، وإذا كان يظن ذلك، فلم يضع ماءه إلا ليكون ولده حرًّا؛ فهلَّا كان حرًّا؛ تبعًا لظنه، وأغرم قيمته؛ لِتَفْوِيتِهِ رِقِّهِ؟ وكأنهم لم يروا ذلك عذرًا، وإلا لزم مثله، فيما لو نكحها عالمًا برقها، ظانًّا حرية الولد؛ تبعًا له، وهو بعيدٌ، نعم، لو [قال]: حصل بعد العلم وطء وعلوق منه، فقال: إنما وطئتها ظانًّا أنها زوجتي الحرة، أو أَمَتِي، هل يقبل منه بالنسبة إلى حرية الولد، وغرم قيمته؟ الظاهر، نعم، كما قيل في أَمَةِ الغير.

قال: **(وَعَلَى الْمَغْرُورِ قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهَا)** أي: على المشهور؛ لأن ظنه قطعٌ بتعيينه لها في الرِّقِّ، فجُعِلَ مقويًا، وفي قولٍ: لا شيء عليه؛ لأنه لم يتلف مالًا، وإنما مُنع المالية؛ فعلى المشهور: لو كان المغرور حرًّا؛ فالقيمة مستقرة في ذمته، وكذا إنْ كان عبدًا في أظهر الأقوال، **والثاني**: يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهَا، **والثالث**: بعكسه، والمعتبر قيمته يوم الولادة عندنا.

واعلم أنه يستثنى من غرم القيمة، ما لو كان الزوج عبدًا لسيدها أو كان

وَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَارِّ، وَالتَّغْرِيرُ بِالْحُرِّيَّةِ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْ سَيِّدِهَا ....

السيد أحد أصول الزوج، كما جزم به سليم الرازي، واقتضاه كلام الْبَغَوِيِّ، ونقله الإمام عن الشيخ أبي عليٍّ، قال: لأن تقدير الرِّقِّ في الولد بما لا ينتفع به الأب، فإنه يُعْتِقَ عَلَيْهِ لا محالة [فإذن لم يفت نسب الغرور، منتفع به].

ثم رأيتُ الْغَزَالِيَّ أرسل فيها وجهين:

أحدهما: هذا، قال الرَّافِعِيُّ: وأصحهما، وبه قال ابن الحداد: إنه يغرم كغيره، ووجهه في «البسيط»: بِأَنَّ الْأَبَ لَمْ يَرْضَ بِأَنْ يُعَرِّضَ وَلَدَ أَمَتِهِ لِلْحُرِّيَّةِ بِظَنِّ ابْنِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ زَوَّجَهَا مِنْ ابْنِهِ مَعَ الْعِلْمِ، انتهى.

فاقتضى كلامه أن الْأَب إذا كان هُوَ الْغَارُّ، أَوْ وَكَّلَ فِي تَزْوِيجِهَا، أَنَّهُ لَا غُرْمَ على الابن جَزْمًا، وأن محل الوجهين فيما إذا لم يغر الأب ونحوه الزوج؛ بل وُكِّلَ بتزويجها فغرَّ وكيله، أو هي لبعضٍ فروع سيدها، وحينئذٍ يصحُّ الاستثناء في حاله جزمًا، وفي حاله على أحد الوجهين، واستثنى أيضًا ما إذا كانت في العادة، وكانت مكاتبة، كما قاله الدَّارميُّ، ولفظه: فإنْ كان الغار السيد أو المكاتبة، وقلنا: قيمة الولد لها لم يغرم؛ لِأَنَّهُ لَوْ غَرِمَ رَجَعَ به عَلَيْها.

قال: (**وَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَارِّ**)؛ لأنه لم يدخل في العقد على أن يضمنها، قال الإمام: وهذا إجماع، وعن ابن خيران وغيره رواية قول: إنه لا يرجع بقيمته كما لا يرجع بالمهر، وفرَّق بأنه دخل في العقد على أن يضمن المهر بخلاف الولد، ثم إنما يرجع بعد غرمه لا قبله على الصحيح، كالضَّامن سواء.

قال أبو إسحاق: وللمغرور أن يطالبه بالتخليص، كما يطالب الضامن الأصيل، وقد علمت مما سبق أنه إذا كان الغار هو المستحق للقيمة فلا غرم، ولا رجوع؛ لعدم الفائدة.

قال: (**وَالتَّغْرِيرُ بِالْحُرِّيَّةِ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْ سَيِّدِهَا**) قالا: لأنه متى قال: زَوَّجْتُك هَذِهِ الْحُرَّةَ أَوْ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ [عتقت] وخُرِّجَت الصورة عن أن يكون نكاح غرور.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يُفهم أن ذلك صريح في إنشاء العتق؛ حتى يحصل

بَلْ مِنْ وَكِيلِهِ أَوْ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ مِنْهَا تَعَلَّقَ الْغُرْمُ بِذِمَّتِهَا، ....

به، وفيه نظرٌ إذا لم يُقصد به الإنشاء؛ لأن هذه الصيغة ليست إنشاء، وإنما هي صيغة وصف، وقد يكون الوصف صحيحًا إن سبقته الحرية، وقد لا يكون إنْ لم تكن سبقت؛ فكيف يجعل إنشاءً؟

قلت: الظاهر أن مرادهم مؤاخذته؛ لأنه إقرار لا إنشاء، وقد اقتصر ابن الرِّفْعَة في صدر كلامه على قوله: إذا كان من السيد؛ فهو مؤاخذٌ بموجب قوله.

واعلم أن التغرير بحريتها من السيد يُتصور في صور كثيرة، ولا تعتق به، فمن ذلك حيث كَانَ إِقْرَارُهُ بِحُرِّيَّتِهَا أَوْ إِنْشَاؤُهُ عِتْقِهَا لَا يَنْفُذُ بأن تكون مرهونة أو جانية، وهو مفلسٌ، أو كان محجورًا عليه بفلس، وأذن له المرتهن والمجني عليه والغرماء في تزويجها، أو كان مكاتبًا زوجها بإذن السيد، وإذا قلنا: لا يشترط اتصال التغرير بالحرية بالعقد، كما ارتضياه فيما إذا كان محجورًا حال التغرير ثم رشد، أو مكاتبًا ثم عتق وزوج أو سفهًا فغرَّ بحريتها، وعقد وليه أو أذن له -على رأي رجَّحه جماعة- يغرُّ بحريتها في نفس العقد.

قال: (**بَلْ مِنْ وَكِيلِهِ أَوْ مِنْهَا**)، ومنهما صوَّر الشَّافِعِي رضي الله عنه الغرور، وهو الحامل لهم على قولهم: إن التغرير بالحرية لا يتصور من سيدها، وقد بيَّنا تصوره منه، ويتصور التغرير منهما جميعًا، وهو داخل في كلام المصنف؛ لأن «أو» لا تمنع الجمع، وَلَا عِبْرَةَ بِقَوْلِ مَنْ لَيْسَ بِعَاقِدٍ وَلَا مَعْقُودٍ عَلَيْهِ.

قال: (**فَإِنْ كَانَ مِنْهَا تَعَلَّقَ الْغُرْمُ بِذِمَّتِهَا**) أي: لَا بِكَسْبِهَا قطعًا، وَلا بِرَقَبَتِهَا على الصحيح، وحينئذٍ فلا مطالبة بذلك إلا بعد عتقها، كسائر الديون الاختيارية، وبه قال الدَّارميُّ وغيره، إِلَّا أَنْ تَكُونَ مُكَاتِبَةً فَيَرْجِعَ عَلَيْهَا فِي الحال، وسكت الشيخ عما إذا انفرد الوكيل بالتغرير؛ لوضوحه، نعم لو كان عبدٌ أوضحنا توكيله في ذلك، فالظاهر بقاء ذلك بذمته، إلا بعد العتق كالأمة، ولو غرَّت هي والوكيل جميعًا؛ فوجهان:

أصحهما في «الروضة» وأقربهما في أصلها: أنه يُرجَع بالنصف على الوكيل في الحال، وعليها بعد العتق.

وَلَوْ انْفَصَلَ الْوَلَدُ مَيِّتًا بِلَا جِنَايَةٍ فَلَا شَيْءَ فِيهِ.

وَمَنْ عَتَقَتْ تَحْتَ رَقِيقٍ أَوْ مَنْ فِيهِ رِقٌّ تَخَيَّرَتْ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ، ....

والثاني: يُرجَع بالكلِّ على مَنْ شاء منهما على الوكيل في الحال، وعليها بعد العتق.

إشارة: الْعُرْفُ مُطَّرِدٌ بأن يقال: فلانة حرة، أو هذه الأمة حرة، يُراد أنها عفيفة، فلو قال الوكيل: إنما أردت بقولي: إنها حُرَّة، أنها عفيفة؛ فظاهر إطلاقهم أنه لا يُقْبَل منه ويغرم، وفي النفس منه شيء؛ لأن صدقه محتمل، والعرف يؤيده، والزوج مقصر حيث لم يبحث أو لم يستفسره، ولا خفاء أنا إذا حكمنا بفساد النِّكَاحِ بِخُلْفِ الشَّرْطِ، فالرجوع بمهر المثل إذا غرمه الزوج بالوطء، وبقيمة الأولَاد؛ إذا غرمها على ما ذكره تفريعًا على صحة النكاح.

قال: (**وَلَوْ انْفَصَلَ الْوَلَدُ مَيِّتًا بِلَا جِنَايَةٍ؛ فَلَا شَيْءَ فِيهِ**)؛ إذ المعتبر قِيمَتَهُ يَوْمَ انْفِصَالِهِ حَيًّا، والمنفصل ميتًا بلا جنايةٍ لا قيمة له، وأيضًا فحَيَاتَهُ غَيْرُ مُتَيَقَّنَة[1]، وفيه وجهٌ بعيدٌ. وقد أفهم كلام المصنف أنه إذا انفصل بحياته، أنه يجب له شيء، والحكم فيه أنه إنْ انفصل مضمونًا غُرم له؛ لأنه كما يقوم له يقوم عليه، وتارة تكون الجناية من أجنبي، وتارة من المغرور، أو من عبده، أو من سيدها، وبيان ذلك في المبسوطات، فلا نطيل بذكره، فإن فيه مباحث.

فرع: خِيَارُ الغرور عَلَى الْفَوْرِ، وَقِيلَ: على الأقوال في خِيَارِ الْعِتْقِ.

قَالَ الْبَغَوِيُّ: وَيستقل مَنْ أثبتنا لَهُ الْخِيَار بِالْفَسْخِ، وَلَا يَحتاج إِلَى حَاكِمٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لكنه مختلف فيه، فَلْيَكُنْ كَفسخِ النِّكَاحِ بالعيبِ، انتهى.

وسكوت الكتاب يُشعر بموافقة الْبَغَوِيِّ كما هو دأب «المحرر»، قيل: ولعل رأي البغويِّ في خيار العيب الانفراد.

قلت: لم يرجِّح هنا شيئًا.

قال: (**وَمَنْ عُتَقَتْ تَحْتَ رَقِيقٍ أَوْ مَنْ فِيهِ رِقٌّ؛ تَخَيَّرَتْ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ**)

---

(١) في نسخة: (وأيضًا فقيمة غيره متيقنة).

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ، ....

أي: بالإجماع، وأصلُه: «**عِتْقُ بَرِيرَةَ تَحْتَ مُغِيثٍ، فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَ الْمُفَارَقَةِ وَالْمُقَامِ مَعَهُ**»(١) رواه مسلمٌ وفي البخاريِّ: «**أن زوجَها كَانَ عَبْدًا**» وهي أصحُّ من رواية من روى «أنه كان حرًّا» كما قاله البخاريُّ وغيره، وإنما تُخيَّر إذا كانت أهلًا، فحين تتأهل كصغيرة تبلغ، أو مجنونة تفيق، ولا ينوب الولي عنهما فيه، وهل له وطؤها قبل البلوغ والعقل؟ وجهان:

أحدهما: الجواز، وبه جزم في «الشامل» وقال في «الذخائر»: إنه المذهب.

والثاني: المنع، وبه أجاب القاضي أبو الطيب في «المجرد».

وقال في «الذخائر»: وهو مبني على أن الطلاق لا يقع.

تنبيه: يُسْتَثْنَى مَا لَوْ عُتِقَتْ فِي مَرَضِ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَكَانَتْ لَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّالِثِ إِلَّا بِمَهْرِهَا؛ فَلَا خِيَارَ لَهَا [لما يتولد من ذلك الدَّوْرِ، وخُذ من قوله: «تَحْتَ رَقِيقٍ» إنهما لو عتقا معًا] أنه لا خيار لها، وهو صحيح، نعم، إطلاقه يُوهِمُ أَنَّهُ لَوْ عَتَقَ الزَّوْجُ بَعْدَهَا، وقَبلَ اخْتِيَارِهَا الْفَسْخَ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ، وأظهر القولين سقوطه، ونصَّ في «الإملاء» على بقائه، وَلَوْ فَسَخَتْ بِنَاءً عَلَى بَقَاءِ رِقِّهِ، فَبَانَ أنه كان قد عتق؛ فالظاهر بُطْلَانُ الْفَسْخِ، وبقاء النِّكاح، ولم أَرَ فيه نصًّا، ويمثل عتق المبعضة كعتق جميع القنة.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ**) أي: كخيار عيب المبيع [بالعيب] نصَّ عليه في «باب نكاح المشرك»، واختاره جماعة، وقَالَ الْفُورَانِيُّ فِي «الْعَمْدِ»: إنه الجديد، وعليه يكون الحكم، كما في خيار عيب المبيع [بالعيب].

وحاصل الخلاف في المسألة خمسة أوجه، حكاها الدارميُّ، وغيره ذكرها أقوالًا، وهو الأشهر على الفور، ما لم يمسها ثلاثة أيام، ما لم يحكم حاكم أبدًا.

وزاد بعضهم قولًا سادسًا: إنها بالخيار إلى أن يسقط حقها، أو يمكن من

(١) تقدم تخريجه.

....

الوطء، أو يوجد منها ما يدل على الرضا، مثل: أن يقبِّلها فتسكت.

وفي «الشامل»: إن بعض أصحابنا ذهب إلى أن رضاها مقدرٌ بالمجلس، وحُكي هذا عن أبي حنيفة، ولا وجه له.

إذا عرفت هذا؛ فاعلم أن الأرجح المختار القول الثاني: وهو أن خيارها يمتد مَا لَمْ يَمَسَّهَا مُخْتَارَةً أو تختاره، هذا ما دلَّت عليه السنة والآثار؛ فمنها أن زوج بريرة كان يطوف وراءها ويبكي، ويترضاها، ويتشفع إليها، فلم تختره.

ومن ذلك ما رواه الشَّافِعِيُّ في «الأم» عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أنه كان يقول في الأَمَةِ تحت العبد فتعتق: أن لها الخيار ما لم يمسها».

قال: وأخبرنا مالك عن ابن شهاب عن عروة: أن مولاة لبني عدي يقال لها: زبراء، أخبرته أنها كانت تحت عبدٍ، وهي أَمَةٌ يومئذٍ، فأُعتقت، فأَرسلت إلى حفصة - رضي الله عنها - زوج النبي ﷺ، فقالت: إني مخبرتك خبرًا، ولا أحبُّ أن تصنعي شيئًا، إنْ أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك، قالت: ففارقته ثلاثًا.

قال الشَّافِعِيُّ: وبهذا نأخذ في تخيير رسول الله ﷺ بريرة، فقد [صحَّ تداعي حفصة واجبها][(1)].

قال ابن عبد البر: ولا أعلم لهما مخالفًا من الصحابة، والظاهر أن قول حفصة عن توقيف؛ لقولها: إني مخبرتك، ويؤيده ما في «سنن أبي داود» عن عائشة - رضي الله عنها -: أَنَّ بَرِيرَةَ أُعْتِقَتْ، وَهِيَ عِنْدَ مُغِيثٍ - عَبْدٍ لآلِ أَبِي أَحْمَدَ - فَخَيَّرَهَا رَسُولُ الله ﷺ وَقَالَ لَهَا: **«إِنْ قَرِبَكِ؛ فَلَا خِيَارَ لَكِ»**[(2)].

وقال المحامليُّ في «المجموع»: وهذا القول هو الصحيح.

وقال ابن الصباغ: إنه ظاهر السُّنة.

---

(١) في نسخة: (صحَّ هذا عن حفصة).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧١، رقم ٢٢٣٦)، والبيهقي (٧/ ٢٢٥، رقم ١٤٠٦١).

فَإِنْ قَالَتْ جَهِلْت الْعِتْقَ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا إنْ أَمْكَنَ: بِأَنْ كَانَ الْمُعْتِقُ غَائِبًا، ....

ومن رجحه صاحب «البيان»، وابن أبي عصرون، وجزم به في كتابه «البينة»، وعليه لو صرَّحت بإسقاط الخيار سقط، وإنْ لم يؤخذ وطء، ولو مُكِّن منه فلم يطأ؛ لم يسقط الخيار حتى يطأ، خلافًا للإمام، ولو وطئها كُرهًا، فإنْ أخذ معها، فلم يتمكن من قول: فسخت؛ فخيارها باقٍ، وإنْ لم يأخذ علي فيها؛ فوجهان، وغير معتبرين في هذا القول أنها بالخيار إلى أن يطأها باختيارها، أو يصرِّح بما يطلبه.

فإنْ قلت: علمت أن هذا هو الرَّاجح دليلًا، فما الرَّاجح عند الأصحاب؟

قلت: ميل المراوزة إلى ترجيح قول الفور وبذلك صرَّح القاضي الحسين، والْبَغَوِيُّ، والفورانيُّ في «الإبانة».

وقال في «العمد»: إنه الجديد، وفي «النهاية»: إنه الأظهر عند الأصحاب.

ومن رجَّحه الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، ومن العراقيين سليم في «المجرد»، والمحاملي في «المقنع»، ونصر المقدسي في «التهذيب»، وأطلق كثيرون من الطريقتين الأقوال بلا ترجيح، منهم: الشيخ أبو حامد، والْمَاوَرْدِي، والدارمي، وصاحب «الإفصاح»، والجرجاني، وصاحب «المهذب»، والشَّاشِي في «المعتمد»، والمحاملي في «التجريد»، والْمُتَوَلِّي.

قال: (**فَإِنْ قَالَتْ: جَهِلْت الْعِتْقَ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا إنْ أَمْكَنَ بِأَنْ كَانَ الْمُعْتِقُ غَائِبًا**) إذ الأصل عدم علمها بذلك، وظاهر الحال يصدقها، وإنْ كذَّبها ظاهر الحال، بِأَنْ كَانَتْ مَعَهُ فِي بَيْتِهِ، وَيَبْعُدُ خَفَاؤه عَلَيْهَا؛ فَالْمُصَدِّقُ الزَّوْجُ، كذا قاله الرَّافِعِيُّ.

ثم قال: ومنهم مَنْ أطلق في المسألة قولين في أن القول قولها، وحكى ذلك عن أبي إسحاق، والظاهر الأول، فيضمن كلامه نقل طريقتين أجرا قولين، القطع بالتفصيل.

وحكى القاضي أبو الطيب طريقتين: **إحداهما**: القول قولها قولًا واحدًا،

وَكَذَا إِنْ قَالَتْ: جَهِلْت الْخِيَارَ بِهِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

والثانية: على قولين، فحصل ثلاث طرق، وإن كانت بموضع يجوز خفاؤه عليها كبلد آخر، ومحلة أخرى، صُدِّقَت بيمينها، وهذا كلُّه على قول الفور، ومكنت ولم تفسخ، أو قلنا: بالقول الثَّاني(١)، ومُكنت من الوطء ووطئ، ولم تفسخ.

قال الرَّافِعِيُّ: أو بالقول الثالث: وانقضت ثلاثة أيام، ولم يفسخ، وفيه نظرٌ؛ لأنه قدَّم أنَّ احتساب الأيام من حين العلم؛ فكيف تمضي الأيام ولم تعلم؟!

تنبيه: قوله: «إِنْ أَمْكَنَ» فيه نظرٌ؛ لأن الإمكان في الحالين، وعبارة «المحرر»: «إِنْ لَمْ يُكَذِّبْهَا ظَاهِرُ الْحَالِ» وهي أحسن، فيحتمل كلام «المنهاج» عليها، وأن مراده الإمكان القريب، وفي «المحرر» و«تهذيبه» و«إيجازه» وَذَكَرَ حُكْمَ الطَّرَفَيْنِ حَيْثُ قَالَوا: وَإِلَّا فَالْمُصَدَّقُ الزَّوْجُ، وَذَكَرَ في «المنهاج» أَحَدَهُمَا، وَاكْتَفَى بِمَفْهُومِهِ عَنْ الْآخرِ، وَذَلِكَ لَا يَكْفِي فِي الِاخْتِصَارِ.

قال: **(وَكَذَا إِنْ قَالَتْ: جَهِلْت الْخِيَارَ بِهِ فِي الْأَظْهَرِ)** لأنه خفيٌ لا يعلمه إلا الخواص.

والثاني: لا، كما لو ادعاه المشتري، والفرق أن الفسخ بعيب المبيع مشهور متداول؛ لكثرة وقوعه بخلاف مسألتنا على أن خيار عيب المبيع كلامًا وتفصيلًا قدَّمته هناك، وكلُّ ما عددته هناك، فهنا أولى(٢).

تنبيه: سكت المصنف عمَّا إذا اعترفت بالعلم بثبوت الْخِيَارِ، وَادَّعَتْ الْجَهْلَ بِالْفَوْرِيَّة، وقد قال الْغَزَالِيُّ: إنها لَا تُعْذَرُ، وذكر في «البسيط»: إنه مأخوذٌ من كلام إمامه، وحكى الرُّويَانِيُّ وجهين في نظيره من الشفعة من

---

(١) في نسخة: (أو قلنا بالفور).

(٢) قال الخطيب: مَحَلُّ الْخِلَافِ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ فِيمَنْ يُحْتَمَلُ صِدْقُهَا وَكَذِبُهَا، أَمَّا مَنْ عُلِمَ صِدْقُهَا كَالْعَجَمِيَّةِ فَقَوْلُهَا مَقْبُولٌ قَطْعًا أَوْ عُلِمَ كَذِبُهَا بِأَنْ كَانَتْ تُخَالِطُ الْفُقَهَاءَ، وَتَعْرِفُ مِنْهُمْ ذَلِكَ فَقَوْلُهَا غَيْرُ مَقْبُولٍ قَطْعًا، وَلَوْ عَلِمَتْ أَصْلَ الْخِيَارِ، وَادَّعَتْ الْجَهْلَ بِفَوْرِيَّتِهِ؛ هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهَا أَوْ لَا؟ انظر: مغني المحتاج (١٢/ ٣٨٩).

فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ وَطْءٍ فَلَا مَهْرَ، وَبَعْدَهُ بِعِتْقٍ بَعْدَهُ وَجَبَ الْمُسَمَّى، أَوْ قَبْلَهُ فَمَهْرُ مِثْلٍ،

الخلاف في جهلها أن خيارها على الفور، هل يبطل حقها أم لا؟

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمْ أَرَ تَعَرضًا لِهَذِهِ الصُّورَةِ فِي سائر كُتُبِ الْأَصْحَابِ، نعم صوَّرها العباديُّ في «الرقم»، وأجاب بأنها إنْ كانت قَدِيمَةَ الْعَهْدِ بِالْإِسْلَام، أو خالطت أهله؛ لمْ تعذر، وإنْ كانت حديثة العهد، أو لم تخالط أهله، فقولان، انتهى.

وقد صرَّح بأن دعواها الجهل بالفورية، على القولين في دعواها الجهل بأصل الخيار كصاحب «الشامل» في «كتاب اللعان» والجرجاني في «الشافي» هناك، وصرَّح في «التحرير»: بأن الأصحَّ قبول قولها في الأمرين من الجهل بالخيار، وبالفورية.

وهو كما قال: ولا فرق بين قديمة الإسلام، وحديثته؛ لأنه مما يخفى على غالب الناس، ووقوعه نادر، وشدَّد ابن الصلاح النكير على الْغَزَالِيِّ فيما قاله مع حكمه بأن دَعْوَى الشَّفِيعِ الجهل بالفورية يُقبل، ولا شكَّ أن هذه أولى بالقبول.

واعلم أن كلام الرَّافِعِيُّ هنا يقتضي أن المشتري إذا ادَّعى الجهل بالفورية لا يقبل، وهو ما ذكره هناك، كما بيَّناه هناك.

فرع: هذا الفسخ لا يحتاج إلى حاكم؛ لثبوته بالنصِّ والإجماعِ.

قال: (**فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ وَطْءٍ؛ فَلَا مَهْرَ**) أي: سواءٌ كان المسمى صحيحًا أم فاسدًا، أو لا مسمى أصلًا، وكذا لا متعة أيضًا؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ مِنْ جِهَتِهَا كما تقرَّر ذلك في العيوب.

قال: (**وَبَعْدَهُ بِعِتْقٍ بَعْدَهُ وَجَبَ الْمُسَمَّى**)؛ لِاسْتِقْرَارِهِ بِالْوَطْءِ السابق على العتق؛ إذ الصورة [أنه وطئها] ثم عتقت، ثم فسخت.

قال: (**أَوْ قَبْلَهُ فَمَهْرُ مِثْلٍ**) صورتها: أنها لَمْ تَعْلَمْ بِالعِتْقِ، حتى وطئت ففسخت، وهذا ما جعله الْبَغَوِيُّ ظاهر المذهب؛ لأن الفسخ مسندٌ إلى حالة العتق، فَصَارَ كَالْوَطْءِ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ.

وَقِيلَ الْمُسَمَّى، وَلَوْ عَتَقَ بَعْضُهَا أَوْ كُوتِبَتْ أَوْ عَتَقَ عَبْدٌ تَحْتَهُ أَمَةٌ فَلَا خِيَارَ.

فَصْلٌ

يَلْزَمُ الْوَلَدَ إِعْفَافُ الْأَبِ وَالْأَجْدَادِ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

(وَقِيلَ: الْمُسَمَّى) قاله في «الشرحين» ورجَّحه مرجحون، وجعلوه قولًا.

وعبارة «الروضة»: وجب مَهْرِ الْمِثْلِ على المذهب، وقيل: المسمى، والعراقيون والْبَغَوِيُّ جعلوا هذا على الخلاف في الفسخ بالعيب بعد الدخول، وزاد الإمام والْغَزَالِيُّ فقالا: إذا جرى الفسخ بعد الدخول، يجب المسمى، ولا يجيء فيه القول المنصوص في العيب: إنه يجب مهر المثل؛ لأن المهر للسيد لا لها، وسواء أوجب المسمى، أو مهر المثل، فهو للسيد، قاله الرَّافِعِي وغيره، ولابن الرِّفْعَة فيه نظرٌ؛ لأن الفسخ إذا استند إلى وقت العتق فالوطء وقع بعده، وهي حُرَّةٌ، نعم، لو اختارت المقام معه، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة، فهو للسيد لا محالة؛ لأنه وجب بالعقد.

فرع: لو زوَّجها السيد على صورة التفويض، ثم عُتِقت وفُسِخت، فإنْ كان قد وطئ، أو فوَّض لها قبل العتق؛ فالمهر للسيد، وإن عُتِقت ثم وطئ، أو فوَّض؛ فهل المهر لها أو للسيد؟ فيه قولان، بناءً على أن مهر المفوَّضة بما يجب، وسيأتي بيانه ـ إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَوْ عَتَقَ بَعْضُهَا أَوْ كُوتِبَتْ أَوْ عَتَقَ عَبْدٌ تَحْتَهُ أَمَةٌ؛ فَلَا خِيَارَ**)، أما في الأولى: فلبقاء الرِّقِّ والنقص، وأما في الثانية: فلكمال الرِّقِّ، وأما في الثالثة: فإنه ليس في معنى النصِّ؛ إذ لا يعتبر بِافْتِرَاشِها، وَيُمْكِنُهُ الخلاص بِالطَّلَاقِ، وفي وجهٍ أو قولٍ له: ذلك تسوية بين الجانبين كالفسخ بالعيب، وخالف الْمُزَنِيُّ في العتق بعضها، وقيل: إنْ زادت أجزأ حريتها على أجزاء حريته، فَخُيِّرَت.

قال: (**فَصْلٌ: يَلْزَمُ الْوَلَدَ**) أي: الحرُّ المسلم، وإنْ كان أنثى وصغيرًا ومجنونًا وكافرًا.

(**إِعْفَافُ الْأَبِ وَالْأَجْدَادِ عَلَى الْمَشْهُورِ**)؛ لِأَنَّ في تركه تعريضًا لِلزِّنَا

....

الْمُفْضِي إِلَى الْهَلَاكِ، وَلَيْسَ مِنْ الْمُصَاحَبَةِ بِالْمَعْرُوفِ الْمَأْمُورِ بِهَا، وَلا من وجوه حاجاته المهمة؛ فلزم الولد القيام به كالنفقة، أو الكسوة.

وَالثَّانِي: لَا يجب، وَهُوَ مُخْرَجٌ، وبه قال الْمُزَنِيُّ، وأبو حنيفة؛ لأنه من قبل الملاذ، فلا يلزم الولد، كما لا يلزم الوالد إعفاف ولده، وكما لا يجب الإعفاف في بيت المال على المسلمين.

تنبيهات وتتمات: إنما يجب إعفاف الأب، وإن علا بشرط الحرية والعصمة، ولا فرق بين الوارث وغيره من قبل [الأب] أو الأم كالنفقة، وقيل: لا يجب إعفاف كافر على ولد مسلم، وحكى قولًا في النفقة أيضًا، ويخرج من كلام الدارميِّ وجهٌ: أنه يجب إعفاف الأب دون الجد حيث قال: ويجب على الابن أن يزوِّج أباه، إذا احتاج.

وقال ابن خيران: لا يجب، وهل يجب ذلك على ابن الابن وابنته وابن الابنة وابنتها في الجد؟ على وجهين، انتهى.

سبيل الإعفاف سبيل النفقة، فيجب للأب المعسر الزَّمِن، وفي المعسر السليم قولان، وقيل: الإعفاف أولى بالوجوب، فإذا قلنا: لا نفقة للأب المعسر؛ ففي الإعفاف قولان، وقيل: الإعفاف أولى بالسقوط من النفقة.

قال الرَّافِعِيُّ: وحيث وجب على الولد، استوى فيه الابن والبنت كالنفقة، وقضية التسوية بينهما فيه ألا يريد[1] الاستواء في أصل الوجوب، يعني أنه يلزم كل واحد إذا انفرد.

وفي «الحاوي»: أن الإعفاف يجب على البنين، ثم من بعدهم على البنات، فيلزم الابن الموسر دون البنت الموسرة، فإنْ أُعسر الابن وأُيسرت لزمها.

قال: ولو كان له ابن ابن، وبنت [لزم ابن الابن، ولو كان له ابن بنت وبنت؛ ففي اجتماعهما يحتمل الإعفاف ثلاثة أوجه؛ ثالثها: هما سواء] وهذا

---

(١) في نسخة: (إلا أن يريد).

بِأَنْ يُعْطِيَهُ مَهْرَ حُرَّةٍ، أَوْ يَقُولَ انْكِحْ وَأُعْطِيَكَ الْمَهْرَ، أَوْ يَنْكِحَ لَهُ بِإِذْنِهِ وَيُمْهِرَ أَوْ يُمَلِّكَهُ أَمَةً أَوْ ثَمَنَهَا ....

منه بناءً على طريقة العراقيين، في اعتبار الذكورة، وبيانه في «النفقات».

خذْ من قول المصنف: «إعْفَافُ الْأَبِ»، أنه لا يلزم الولد إعفاف الأم، ولا الأب إعفاف الابن، وهو المعروف.

قال ابن الرِّفْعَة: وحكى مَنْ لا يوثق به وجهًا، انتهى.

ونقله في «الأم» الجيلي، وأجاب به [في الابن] صاحب «الشامل الصغير» وليس بشيءٍ.

قال: (**بِأَنْ يُعْطِيَهُ مَهْرَ حُرَّةٍ**) الغرض بالإعفاف أن يُهَيِّئَ لَهُ مُسْتَمْتَعًا، إما بأن يُعْطِيَهُ مَهْرَ حُرَّةٍ، وهل هو أَقَلُّ صَدَاقِ مَنْ تُكَافِئُهُ مِنَ النِّسَاءِ؟ أو مهر مَنْ يَسْتَمْتِعُ بِهَا مِنْ جَمِيعِ النِّسَاءِ؟ فيه وجهان في «الحاوي».

(**أَوْ يَقُولَ: انْكِحْ وَأُعْطِيَكَ الْمَهْرَ**) ليس هذا على إطلاقه، إنما يلزمه دفع مهر المثل على اختلاف الوجهين، فلو زاد عليه؛ فالقياس الواضح أن تكون الزيادة في ذمته، ولا يلزم الولد دفعها.

(**أَوْ يَنْكِحَ لَهُ بِإِذْنِهِ، وَيُمْهِرَ أَوْ يُمَلِّكَهُ أَمَةً**) أَيْ: تُعِفُّهُ.

(**أَوْ ثَمَنَهَا**) أي: لتخير الولد المطلق التصرف بين هذه الطرق الخمسة؛ لحصول الإعفاف بكلٍّ منها.

وأما غَيْرِ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ؛ فيجب على وليه ألّا يبذل إلا أقل ما تندفع به الحاجة إلا أن يلزمه الحاكم بغيره، وهل يتوقف بذل الولي على إذن الحاكم أولًا؟ أو يفرق بين ولي وولي فيه؟ ويقرب أنه تعتبر مراجعة الوصي والقيم الحاكم في ذلك، ولو كان الأب أو الجد ولي مال المحجور؛ فهل له الاستبداد بمقدار ما يجب إعفافه به؟ أو يتوقف على إذن الحاكم؟ لم أَرَ في ذلك كله نقلًا.

فروع: تكفي حرة كتابية، وقيل: لا؛ للنَّفْرَةِ، ويشبه طردهما في السرية، وَلَيْسَ لِلْأَبِ ـ كما سيذكره المصنف ـ أن يعيِّن النِّكَاحُ دُونَ التَّسَرِّي، وَلَا

....

عَكْسُهُ، نعم، لو دفع إليه مهرًا، أَوْ قَدَّرَهُ؛ نكح به من شاء، وكذا لو ملَّكه ثمن أَمَةٍ؛ فله التزويج به فيما يظهر، وأن يتسرى به، ولا يكفي تملِّيكه أو تزَوِّجيه عَجُوزًا أو شَوْهَاءَ، كَمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُطْعِمَهُ طَعَامًا فَاسِدًا لَا يَنْسَاغُ.

وعبارة «البسيط»: عَجُوزًا شَوْهَاءَ، لَا تَسُدُّ مَسَدًّا.

وقال الْبَنْدَنِيجِيُّ: شَيْخَةً هِمَّةً.

قال الْبَغَوِيُّ: ولا دَنِيَّةً، ولا بدَّ أن تكون ممن تعفه، فلا [تجري] الطفلة، ولا المحرمة عليه.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وَلَا مَعِيبَةً بما يثبت[١] الخيار في النكاح.

قلت: ويشبه ألّا يقبل من الولد عمياء، ولا جدعاء، ولا ذات قروح سيالة واستحاضة ونحوها، وإنْ لم يثبت الخيار فيهن؛ لأنه ليس من المصاحبة بالمعروف، ولو كان تحته صغيرةٌ، أو عجوزٌ أو رتقاءُ، ولَمْ تَنْدَفِعْ حَاجَتُهُ بها، قال الرَّافِعِي: فالقياس وجوب إعفافه.

فرع: لو اجْتَمَعَ أَصْلَانِ، وأمكنه إعفافهما؛ وجب، وإلا فإن اختلفا في الدرجة؛ فالأقرب أولى إنْ تساويا في العُصُوبَةِ أَوْ عَدِمَهَا، فلو كان للأبعد عصوبة كأب الأب مع أب الأم؛ فالأول أحق، وقيل: سواء، كذا نقلا.

وقال الرُّويَانِيُّ في «التجربة» بعد نقله «وجده» عن بعض أصحابنا: ولا يحتمل غير هذا.

وأما الْمَاوَرْدِيُّ فنقله عن الشيخ أبي حامد، وزيَّفَه [وقال]: الْأَقْرَبُ أَحَقُّ، وَإِنْ كَانَ ذَا رَحِمٍ مِنَ الْأَبْعَدِ العصبة، وهذا ما يقتضي كلام الرَّافِعِيِّ في «النفقات» ترجيحه، فإنه رجَّح اعتبار الأقرب، ولو استويا في الدرجة، وأحدهما عصبة فهو أحق، ولو اجتمع عدد منهم يلزمهم الإعفاف، فكما سَيَأْتِي فِي «النَّفَقَاتِ».

(١) في نسخة: (يوجب).

ثُمَّ عَلَيْهِ مُؤْنَتُهُمَا، وَلَيْسَ لِلأَبِ تَعْيِينُ النِّكَاحِ دُونَ التَّسَرِّي وَلَا رَفِيعَةٍ، وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى مَهْرٍ فَتَعْيِينُهَا لِلأَبِ.

قال: (**ثُمَّ عَلَيْهِ مُؤْنَتُهُمَا**) أَيْ: مُؤْنَةُ الأَبِ، وَمن أَعَفَّه بِهَا مِنْ زوجةٍ أو أمةٍ؛ لأَنَّ ذلك مِنْ تَتِمَّةِ الْإِعْفَافِ، وقوله: «عَلَيْهِ مُؤْنَتُهُمَا» على التَّثْنِيَةِ، كَذَا كتبه بِخَطِّه على التَّثْنِيَةِ، وَفي نسخ «مُؤْنَتُهَا» كالْمُحَرَّرِ، وهو أحسن؛ لِأَنَّ مُؤْنَةَ الْأَبِ حكمها معروف من غير هذا الموضع، ودخل في مُؤْنتها الإخدام، إذا كانت ممن تخدم، وسبق أنه لو كان تحته مَنْ لَا تُعِفُّهُ؛ لصغرٍ أو رتقٍ وغيرهما؛ أنه يجب إعفافه، ولا يلزم الولد إلا نفقة زوجة واحدة، ومن هنا ذكروا في النفقات أنه يقسِّم.

قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ هنا تفقهًا: إنه يظهر أن يَتَعَيَّنُ لِلْجَدِيدَةِ؛ لِئَلَّا يثبت لها الخيار، وهو حسن، والظاهر أنه لا يجب إعفافه بِأَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ، فإنْ كانت لا تعفه؛ لشدة غلمته، وفيه احتمالٌ، ولم أَرَ في ذلك نقلًا.

وحكى الرَّافِعِيُّ في المال وجهًا ضعيفًا: أنه إذا كان تحت الأب زوجتان فأكثر، لم يلزمه النفقة؛ لأن المستحقة لا تتعين، [قال]: وكما يجب على الابن نفقة [زوجة] أبيه يلزمه كسوتها.

قال في «التهذيب»: لَا يجب الْأُدُمُ، وَنَفَقَةُ الْخَادِمِ؛ لِأَنَّ فَقْدَهُمَا لَا يُثْبِتُ الْخِيَار.

وقَالَ الرَّافِعِيُّ: لكن قِيَاسُ ما ذكرنا أن الابن يَحْتَمِلُ مَا وجب على الْأَبَ وُجُوبُهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا واجبان على الْأَبَ مَعَ إعْسَارِهِ. وصرَّح الْبَغَوِيُّ في «تعليقه» وصاحب «الكافي» هناك: بأنه لا يجب للقريب الْأُدُم، وذكرا نحو هذا، كما سنذكره هناك.

قال: (**وَلَيْسَ لِلْأَبِ تَعْيِينُ النِّكَاحِ دُونَ التَّسَرِّي**) أي: وَلَا عَكْسُهُ لما سبق.

(**وَلَا رَفِيعَةٍ**) أي: رفيعة المهر، إما لمنصبٍ، أو جمالٍ، أو شرفٍ؛ لأنه قَدْ يُجْحِفُ بِالْوَلَدِ، والمقصود البلاغ، ويحصل بدونها؛ ولهذا لا يلزم الولد مفاخر الأطعمة والملابس.

قال: (**وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى مَهْرٍ؛ فَتَعْيِينُهَا لِلْأَبِ**) أي: لأنه مطلق التصرف، لا

وَيَجِبُ التَّجْدِيدُ إِذَا مَاتَتْ أَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ أَوْ فَسَخَهُ بِعَيْبٍ، ....

حجر عليه، وبهذا فارق السفيه على رأي؛ لأنه محجور عليه، فيُرجَعُ في التعيين إلى الولي.

واعلم أن هذا التوجيه يفهم أنه لا يجب إعفاف الأب المجنون، وإنْ ظهرت حاجته إلى الاستمتاع، وفيه نظرٌ، والأشبهُ الوجوبُ.

قال: **(وَيَجِبُ التَّجْدِيدُ إِذَا مَاتَتْ)** أي: الأمة أو الزوجة؛ لوجود الحاجة، والمعنى المقتضي لوجوب الإعفاف ابتداءً، وكما لو دفع إليه طعامه، فتلف قبل أكله، وأرسل الْمَاوَرْدِيُّ وجهين، فيما إذا ماتت، ووجه عدم الوجوب بأن النكاح عَقْدٌ يُوضَعُ لِلتَّأْبِيدِ فِي الْأَغْلَبِ، فإذا تحمَّل مؤنة مرة، فقد حافظ على حرمة الأبوة، فقنع منه بذلك، وعلله غيره بأن القول بتكرر وجوبه سبق، ويخرج عن حدِّ المواساة[1].

قال: **(أَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ)** أي: مِنْ أيهما وقعت، وفي رِدَّتِهِ نظرٌ، وهي أولى بالخلاف من موتها، ويشبه أن تكون رِدَّتُه كما لو طلَّق بِغَيْرِ عُذْرٍ وأولى.

قال: **(أَوْ فَسَخَهُ بِعَيْبٍ)** كان الأحسن أن يقول: أو فسخ بعيب لشمل الطرفين كالرِّدَّةِ، وقال شارحٌ إثر قول «المنهاج»: «أَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ، أَوْ فَسَخَهُ بِعَيْبٍ»: أي: على الأصحِّ كما لو ماتت، والجامع أنه معذور فيهما.

قال في «المطلب»: وهو ظاهر في الرِّدَّةِ دون فسخه بالعيب؛ لأنه نوع اختيار في الفراق، انتهى.

وقضيته قصر الكلام على رِدَّتها، وفسخه بعيبها، ولا شكَّ أن فسخها بعيبه أولى بالإعفاف، أما انفساخه بردَّته؛ فلا وجه له، فإنْ كان ما اقتضاه هذا الكلام نقلًا؛ فهو الوجه على أني لم أَرَ التصريح بردَّته إلا في كلام بعض المتأخرين، ولعله أخذه من إطلاق الرَّافِعِيِّ وغيره: أو انفسخ برده، ويتعين تنزيله على رِدَّتها فقط، وقد قالوا: لا يجب التجديد إذا طلَّق بلا عذر؛ لتقصيره بِالتَّفْوِيتِ.

---

(١) في نسخة: (المساواة).

وَكَذَا إنْ طَلَّقَ بِعُذْرٍ فِي الْأَصَحِّ. وَإِنَّمَا يَجِبُ إعْفَافُ فَاقِدِ مَهْرٍ ....

قال: (**وَكَذَا إنْ طَلَّقَ بِعُذْرٍ فِي الْأَصَحِّ**)، كَمَا فِي الْمَوْتِ، والعذر شِقَاق أَوْ نشوز أَوْ رِيبَة، وغيرها، وحكم الخلع حكم الطلاق، وعدَّ في «الروضة» من صور الوجهين عتق الأمة بعذرٍ، كذا قاله: الرَّافِعِيُّ في «الشرحين» وفيه نظرٌ، مع إمكان بيعها واستبداله بغيرها، نعم، إنْ كانت أم ولد، صحَّ إلحاقها بالزوجة في التفصيل المذكور.

قال: وإذا وجب التجديد، فإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً؛ لزم التجديد في الحال، وإلا فبعد انقضاء العدة، وفي هذا وقفةٌ، إذا كان العذر مما يبعد معه المراجعة؛ لشدة النَّفْرَةِ كفاحشة صدرت منها، ونحوها، وأما إذا طلَّق بغير عذرٍ لم يجب التجديد؛ لأنه المقصر والمفوت على نفسه، واكتفى في «المنهاج» بمفهوم قوله: «بعذرٍ»، عن تصريح «المحرر» بالمسألة، وفيها وجهٌ أيضًا، وأطلق ابن القطان القول: بأنه إذا طلَّق أعفَّه، قال: فإنْ أكثر الطلاق حتى خرج عن العرف؛ فوجهان:

أحدهما: يعفه أبدًا، والصحيح: أنه ليس عليه ذلك، ولكن يُسَرِّيه بجارية، انتهى.

وكلامه يشعر بأن [الأب] لو طلب التزويج ابتداءً، ولم يختر التسري أنه يجب إجابته إليه.

وقال القاضي الحسين في «تعليقه»: إذا طلَّقها ثلاثًا؛ لزمه أن يزوجه ثانيًا، وثالثًا؛ فإن كان مِطْلَاقًا لم يزوجه بعد ذلك؛ بَلْ يُسَرِّيهِ، وَيَسْأَلُ الحاكم الْحَجْرَ عَلَيْهِ فِي الْإِعْتَاقِ، وهكذا نقله في «المطلب» عن «التتمة»، وفي «الكفاية» و«الروضة».

وحكى الْمُتَوَلِّي وجهًا: فيما إذا طَلَّقَ زَوْجَتَيْنِ... إلى آخره، وهذا ما رأيته في «التتمة»، نعم قال: فإن أعتق الثالثة يسأل الحاكم الحجر عليه؛ فَلَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ بعد ذلك.

قال: (**وَإِنَّمَا يَجِبُ إعْفَافُ فَاقِدِ مَهْرٍ**) أي: فالقادر على إعفاف نفسه بماله، عينًا كان، أو عرضًا مُسْتَغْنٍ عنه، وكذا بكسبه؛ لا يجب إعفافه، جزم به

مُحْتَاجٍ إِلَى نِكَاحٍ وَيُصَدَّقُ إِذَا ظَهَرَتْ الْحَاجَةُ بِلَا يَمِينٍ.

الرَّافِعِيُّ في «شرحه الصغير»، فِي الْكَسُوبِ، ونقله في «الكبير» عن الشيخ أبي عليٍّ، ثم قال: وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور فِي النَّفَقَةِ، انتهى.

والمفهوم من عبارة «الكتاب»: وجوب إعفافه؛ لأنه فاقد الآن حسًّا وعرفًا، وتقييده بفقدان المهر يفهم أنه لو وجد النفقة فقط؛ لزم إعفافه، وهو الأصحُّ، نعم، لو فقد المهر، وأمكنها التسري؛ لكثرة الإماء ورخصهن؛ لم يلزم إعفافه، وبهذا تبيَّن أن المعتبر فقد ما يتمكن به من الاستمتاع، لا فقدان المهر، وخُذ من قوله: «فَاقِدِ مَهْرٍ» أنه لو قدر على مهر أمة، وخاف العنت أنه لا يلزم الولد إعفافه، وأن لَهُ نِكَاحُ أَمَةِ وَلَدِهِ كالأجنبية.

قال: (**مُحْتَاجٍ إِلَى نِكَاحٍ**) أي: للشهوة لا للخدمة؛ إذ الواجب القيام بخدمته، لا التزويج ونحوه لها، وفيه بحثٌ لابن الرِّفْعَة وغيره، ذكرته في «الغنية».

قال: (**وَيُصَدَّقُ إِذَا ظَهَرَتْ الْحَاجَةُ بِلَا يَمِينٍ**) أي: إِلَى الْوَطْءِ، ولا يحلف لما فيه من الإهانة والتكذيب، ويلزمه الصدق في دعوى الحاجة، فلا يحل له طلبه إلا عند صدق الشهوة، ولا ريب أن خَوْفِ الْعَنَتِ مبيح للطلب، فلو شقَّ عليه الصبر، وأضرَّ به التَّعَزُّبُ، ولم يخف العنت؛ ففيه ترددٌ للإمام، قال: والأظهر أنه يتوقف على الانتهاء إلى خوف العنت، وبه أجاب في «الروضة».

قال ابن الرِّفْعَة: لكن تعليل الأصحاب الوجوب بأنه يخاف منه العقوبة في الدنيا والآخرة، يُفهم اعتبار خوف العنت، انتهى.

وفيه نظرٌ، ومرادهم تجويز وقوعه منه، إذا لم يعف، ولو على بعد؛ لانتهائه إلى خوف العنت، يؤيده تعليلهم إيجاب النفقة؛ لخوف ضياعه، ونحو ذلك، ومعلوم أنه لا يعتبر في إطعامه الانتهاء إلى حالة المضطر قطعًا.

تنبيه: وعبَّر هنا، وفي «الروضة»: «ظَهَرَتْ الْحَاجَةُ»؛ فافهم أنه لا بدَّ من ظهورها لنا، وأنه لا يكفي دعواه الحاجة، وعبارة «المحرر» و«الشرحين»: «إذا أظهر الحاجة»، وبينهما تفاوت، فإِنَّ ظُهُورَهَا لَنَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَرَائِنَ تَظْهَرُ

وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْءُ أَمَةِ وَلَدِهِ، وَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ مَهْرٍ لَا حَدٍّ، ....

لَنَا، وَإِظْهَارُهَا يَكْفِي فِيهِ قَوْلُهُ: «وَإِنْ لَمْ يَتَرَجَّحْ لَنَا صِدْقُهُ»، نعم، لَوْ كَانَ ظَاهِرُ حَالِهِ يُكَذِّبُهُ، كَذِي فَالِجٍ شَدِيدٍ وَاسْتِرْخَاءٍ وغيره؛ فَفِيهِ نَظَرٌ، وَيُشْبِهُ أَلَا تَجِبَ إِجَابَتُهُ، أَوْ يُقَالُ: يَحْلِفُ هُنَا؛ لِمُخَالَفَةِ حَالِهِ دَعْوَاهُ.

فائدة: لَوْ كَانَ الْأَبُ يَحْتَاجُ إِلَى اسْتِمْتَاعٍ بِغَيْرِ الْوَطْءِ؛ لِعَنَتِهِ أَوْ جَبِّهِ، وَيَخْشى إنْ لم يعف بمن يتمتع بها بغير الوطءِ أَنْ يفعله حَرَامًا؛ فَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْوَلَدَ ذلك، وَفِيهِ احْتِمَالٌ، وسبق في جواز نكاح الأمة لمثله كلام، فلا يبعد أن يجيء مثله هنا.

قال: **(وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْءُ أَمَةِ وَلَدِهِ)** أي: إجماعًا؛ إذ لا زوجته، ولا ملك يمين، فهو عادٍ بنصِّ القرآن؛ وَلِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ لابنه، وَالْفَرْجُ الْوَاحِدُ لَا يُبَاحُ لِاثْنَيْنِ فِي وقتٍ وَاحِدٍ.

قال: **(وَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ مَهْرٍ لَا حَدٍّ)** أما درء الحد؛ فللشبهة في مال ولده، ولهذا لا يُقطع بسرقة ماله، ولا يقتل به، وفي حدِّه قولٌ شاذٌّ مخرَّجٌ، وهذا إذا لم تكن مَوْطُوءَةً لِلِابْنِ، أو مُسْتَوْلَدَةً؛ فإنْ كانت، فسنذكر ما قيل فيه.

[قيل]: وأما وجوب المهر؛ فعلى المشهور، فهو وَطْءُ شُبْهَةٍ، فَوجب بِهِ الْمَهْرُ للمالك كَأَمَةِ الْأَجْنَبِيِّ؛ فَإِنْ كَانَ الْأَبُ مُوسِرًا أُخِذَ مِنْهُ فِي الْحَالِ، وَإِلَّا بَقِيَ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى يَسَارِهِ، على الأصحِّ.

والثاني: لا يثبت في ذمته، وعلى المخرج هو كالزنا بأمة أجنبي، إنْ أكرهها وجب المهر، وإنْ طاوعته، وهي ممن تُعتبر مطاوعتها؛ فوجهان.

واعلم أن موضع التردد في الحدِّ إذا كان ممن لا يخفى عليه تحريم وطئها، فإن كان؛ فلا حدَّ بلا خلافٍ.

تنبيهات: **منها**: كلام «الكتاب» يُفهم أنَّ في كلٍّ من المسألتين طريقين، أو طُرُقًا، ولم أَرَه، وكان قضية اصطلاحه فلا حدَّ على المشهور؛ بل مهر على الصحيح، وقد ذكر نحو هذا في «الروضة»، وحاصلها: إن قلنا: لا حدَّ وجب المهر.

....

فإن قُلْنَا: يُحَدُّ فأكرهها وجب، وإنْ طاوعته؛ فوجهان.

وقال في «التنقيح» مفرعًا على أنه لا حدَّ.

قال الإمام: قطع المحققون بوجوب المهر، وفصَّل العراقيون، فقالوا: إنْ أكرهها وجب، وإنْ طاوعت؛ فوجهان، وهذا غلطٌ صريح؛ فإنهم قطعوا أقوالهم بانتفاء الحدِّ، فلا معنى مع ذلك للتفصيل المذكور، انتهى.

ومنها: قضية إطلاق المصنف وغيره، أنه لا فرق في عدم الحدِّ بين موطوءة الابن ومستولدته وغيرهما، وسياق كلامه يشير إلى ذلك، ونقل الرُّويَانِيُّ في «التجربة» عن الأصحاب وجوبه في المستولدة قطعًا؛ لأنه لا يمكن أن يملكها الأب، بخلاف أمته الموطوءة، وسكتا في «الشرح» و«الروضة» عليه، فأفهما الرضا به.

لكن في «الشرح الصغير»: لو وطئ موطوءة الابن عالمًا، فأصحُّ القولين: لا حدَّ للشبهة، ومنهم مَنْ خصَّص القولين بغير المستولدة، وقطع فيها بالوجوب، انتهى.

فاقتضى أنه لا فرق بين المستولدة وغيرها، وهو قضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره، وكذلك حكى بعضهم في حدِّه ثلاثة أقوال: أصحها: لا حدَّ، وثانيها: التفصيل بين موطوءة الولد وغيرها.

وجمع أبو حامد في «التعليق» بين المستولدة، [والموطوءة بالاستيلاد، وحكى فيهما وجهين، وقد يخرج من عبارة «التجربة» مقالة رابعة بين المستولدة] وغيرها.

ومنها: ما أطلقوه من وجوب المهر فيما إذا أَحْبلَ؛ محمولٌ على ما إذَا تَأَخَّرَ الْإِنْزَالُ عَنْ تَغْيِيبِ الْحَشَفَةِ، فإنْ حصل الإنزال مع تغييبها؛ فَقَدْ اقْتَرَنَ مُوجِبُ الْمَهْرِ بِالْعُلُوقِ، فَيَنْبَغِي أَنْ ينزل منزلة قِيمَة الْوَلَدِ، قاله الإمام، ولفظه على نقله في «التنقيح» بعد تقريره أنه يحصل الْعُلُوق، ونقل الملك معًا، وأن الإمام قال: إنه الَّذِي يَجِبُ الْقَطْعُ بِهِ، وأنه مما يتعلق بذلك، أما إذا فرضنا

فَإِنْ أَحْبَلَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ، فَإِنْ كَانَتْ مُسْتَوْلَدَةً لِلِابْنِ لَمْ تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً لِلْأَبِ، وَإِلَّا فَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا تَصِيرُ، ....

نزول الماء مع تَغْيِيبِ الْحَشَفَةِ؛ فهاهنا يتصوَّر العُلُوق مقترنًا بمُوجِبُ الْمَهْرِ.

وقد ذكرنا أن الصحيح أن المِلْكَ ينتقل مع العُلُوق، وهذا لم يتعرَّض له الأصحاب؛ بل أطلقوا القول بوجوب المهر، ولم يتعرضوا لهذا التفصيل، والأظهر عندي أنهم بنوا الأمر على الاعتياد، والغالب أن الإنزال يحصل بعد وجوب المهر، ولو صور الأئمةُ ما ذكرناه؛ لنزَّلوا المهر منزلة قيمة الولد، هذا ما نراه، والله أعلم.

ومنها: في «تعليق القاضي الحسين»: إذا أوجبنا المهر، فوطئها الأب في مجالس مكررة، لَمْ يَتَدَاخَلْ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ آدَمِيٍّ، ولا خلاف أنه لا يتكرر بتكرر الإيلاجات في الوطأة الواحدة[١]، ولو وطئها في مجلس مرارًا؛ فوجهان في التكرر، ويجوز أن يُفَرَّق بين المجلس الواحد، والمجالس في غرامات الأشياء، وذكر كذلك نظائر ذكرتها في «الغنية» هناك، وسيأتي في كتاب «الصَّداق» كلامٌ في بعض هذه الأحكام؛ حيث ذكر الشيخ المسألة، وجعل ما ذكره القاضي وجهًا مرجوحًا.

قال: (**فَإِنْ أَحْبَلَ؛ فَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ**) كما لو أولد أمة الغير بوطء شبهة.

قال ابن الرِّفْعَة: ولا شكَّ في إجراء خلاف فيه أنه لو انعقد حرًّا أو رقيقًا، انتهى، وهذا إذا قلنا: لا حدَّ، وإلا فالولد رقيق غير نسيب.

إشارة: قضية إطلاقه أنه لا فرق فيما ذُكِر بين الأب الحرِّ والرقيق، وفي ولد الرقيق وجهان، أفتى الْقَفَّالُ، منهما الحرية، وفي «تعليق القاضي الحسين»: أن الصحيح من المذهب المنع.

قال: (**فَإِنْ كَانَتْ مُسْتَوْلَدَةً لِلِابْنِ؛ لَمْ تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً لِلْأَبِ**) أي: قطعًا؛ لأنها لَا تَقْبَلُ النَّقْلَ. قال: (**وَإِلَّا**) أَيْ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُسْتَوْلَدَةً لِلِابْنِ.

(**فَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا تَصِيرُ**)، واختاره الرَّبيعُ والجمهور؛ لأنا نزَّلنا شُبْهَة الملك

---

(١) في نسخة: (يتكرر المهر بإيجاف في الوطأة الواحدة).

وَأَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهَا مَعَ مَهْرٍ، لَا قِيمَةَ وَلَدٍ فِي الْأَصَحِّ.

كالملك في ثبوت النسب، وانتفاء الحدِّ، فكذلك فِي الِاسْتِيلَادِ.

والثاني: لا، واختاره الْمُزَنِيُّ؛ لأنه استولدها بِحُرٍّ في غير مِلْكِه، فأشبه المغرور، وفي محلها طُرق للأصحاب، يخرج منها أربعة أقوال، هذان المنصوصان.

وثالثها: إن كَانَ مُوسِرًا نَفَذَ، وإلا فلا.

ورابعها: عكسه، وأصله قول الدارميِّ، وقيل: إن كَانَ مُوسِرًا؛ فَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ، وإن كان معسرًا؛ فَعَلَى قَوْلَيْنِ، ووجهه لائح؛ لكنه شاذٌّ.

إشارة: الكلام الماضي والآتي في استيلاد الأب [الْحُرِّ].

قال: **(وَأَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهَا مَعَ مَهْرٍ)** كالشَّريك يستولد، يلزمه نصف القيمة مع نصف المهر، فلو اختلفا في القيمة، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَبِ؛ لأنه غارمٌ، وقيل: على قولين، كما لو اختلفا في قيمة الْعَبْدِ التَّالِفِ عند ظهور العيب، وبالباقي، وإنما لزمه المهر مع القيمة عندنا؛ لأنهما وجبا بشيئين مختلفين، فالمهر وجب بتغييب الحشفة، والقيمة وجبت باستيلاد، وذلك بالعلوق، ولا تغفل عما سبق من استدراك الإمام، فيما إذا حصل الإنزال مع تغييب الحشفة، وكلام القاضي في تكرر المهر.

قال: **(لَا قِيمَةَ وَلَدٍ فِي الْأَصَحِّ)**؛ لِأَنَّهُ الْتَزَمَ قِيمَتَهَا، وَالْوَلَدُ جُزْءٌ مِنْهَا، فاندرج؛ ولأن القيمة إنما تجب بعد انفصاله، وذلك واقعٌ في ملكه؛ لثبوت الاستيلاد.

والثاني: تَجِبُ كَوَطْءِ الشُّبْهَةِ، وَبنى الماورديُّ على ذلك: أنا نحكم بالاستيلاد بالْعُلُوقِ، أَو أداء القيمة، إنْ قلنا: بالعلوق لم تجب، وإنْ قلنا: بدفع القيمة، ودفعها قبل الوضع، فكذلك أو بعده، وقلنا: لا يحصل إلا بدفع القيمة، وجبت قيمته، انتهى.

والحاصل أنه هل تنتقل الأَمَةُ إلى مِلْكِه قُبَيْلَ العلوق أو معه أو عند الولادة أو عند أداء القيمة بعد الولادة؟ وجوهٌ، جزم الْبَغَوِيُّ بالأول، واختار الإمام

....

الثاني، وقال: يجب القطع به، وصححه الْغَزَالِيُّ، وتابعه المصنف في «التنقيح».

واعلم أن قوله عطفًا على «الْأَظْهَرِ»: «وَأَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهَا»، أن وجوب القيمة والمهر على قولين أيضًا، ولم يذكر الرَّافِعِيُّ قولًا آخر، أنه لا تجب القيمة، ولا المهر؛ بل قال: إذا أثبتنا الاستيلاد؛ فالحكم ما ذكرته، وإنْ لم نثبته لم يجز للابن بيعها، ما لم تضع؛ لأنها حاملٌ بِحُرٍّ، وعلى الأب قيمتها في الحال؛ للحيلولة، وهل يُسترد عند الوضع؟ وجهان: أصحهما: المنع، والشيخان متبعان في هذا الترجيح للغزاليِّ والْبَغَوِيِّ، وعزا ابن الصَّباغ مقابله إلى الأصحاب، وجزم به هو، والشيخ أبو حامد، وشيخه، وغيرهم، وزيَّفه الْمَاوَرْدِيُّ.

فرع: في «فتاوى الْقَفَّالِ»: إذا كانت أَمَته، ثم استولدها أبوه، صارت أم ولد، وهل يقوم في الحال أم يتأتى بها إلى العجز؟ قولان، ونقلا في صيرورتها أم ولد وجهين: أصحهما: عند الْبَغَوِيِّ: نعم، وبالمنع جزم الهرويُّ، قال: وليس كاستيلاده ومكاتبته؛ لأنه لا نقل، ولا يحتاج إلى فسخ الكتابة؛ [بل يجتمع الاستيلاد والكتابة، ولا منافاة، وهذا أقوى، وإطلاق «الكتاب»] قد يوافق الأول.

قالا: ولو كان الأب الْمُحَبِّل مكاتبًا، فوجهان؛ بناءً على القولين في استيلاد جارية نفسه.

قلت: وَقَضِيَّةُ الْبِنَاءِ تَرْجِيحُ المنعِ، فَاسْتَثْنَاهَا من إطلاق «المنهاج».

فرع: في «فتاوى الْقَفَّالِ»: لو استعار من ابنه جارية، فَرَهَنَهَا، ثُمَّ اسْتَوْلَدَهَا الأب، لَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لأنه يؤدي إلَى إبطال عَقْدٍ عَقَدَهُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ رُهِنَ أَمَةً، فَاسْتَوْلَدَهَا أَبُو الراهن، صارت أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إلَى إبطال عَقْدٍ عَقَدَهُ هو بنفسه، وبحث معه المعلق عنه في ذلك بما ذكرته في «الغنية».

وَيَحْرُمُ نِكَاحُهَا، ....

قال الْقَفَّالُ: والنكتة إنْ كان ما يؤدي إلى إبطال عقدٍ عقده هو؛ فإنه لا يجوز، انتهى، فاستثنى هذه الصورة من إطلاق «المنهاج» أيضًا.

فرع: إذا وطئ أَمَة ولده مدة أشهر، وكان كل ساعة يطؤها في هذه المدة، ثم ظهر الحبل، ولا يدري متى علقت به، وقيمتها في هذه المدة مختلفة، ففي أي وقتٍ تعتبر قيمتها؟

قَالَ الْقَفَّالُ: تعتبرُ فِي آخِرِ الزَّمَانِ الذي يُمْكِنُ عُلُوقُهَا بِهِ فِيهِ، وَذَلِكَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ الولادة؛ لِأَنَّ الْعُلُوقَ في ذَلِكَ يَقِينٌ، وَمَا قَبْلَهُ مَشْكُوكٌ فِيهِ، فيؤخذ باليقين، ويطرح الشك.

قَالَ: وَلَا يُؤْخَذُ فِي ذَلِكَ بِقَوْلِ الْقَوَابِلِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الْحَامِلِ الْمَبْتُوتَةِ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ وَاجِبَةً، أي: من قبل ذلك، والله أعلم.

فائدة: إذا لم يحبلها الأب بالوطء؛ فلا قيمة عليه عندنا بلا خلاف، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ عن العراقيين أنه يلزمه قيمتها؛ لتفويت الحَبْلَ على الابن، فوهم غير واحد، فنقل القاضي عن رواية الشاشيِّ[1] عنه ظانًّا أنه أراد العراقيين من أصحابنا، وإنما أراد الخصوم ابن أبي ليلى، ونحوه، والحنفية، ونبَّه عليه المصنف في «التنقيح»؛ تحذيرًا من الوهم، ووقع لابن الرِّفْعَة وغيره مواهم من هذا الظنِّ[2].

قال: **(وَيَحْرُمُ نِكَاحُهَا)** أي: يحرم على الحرِّ نكاح أَمَة ولده، وإن سفل قطعًا، وهذا معطوفٌ على قوله: «ويحرم عليه وطء أمة ولده»، ووجه منع نكاحها أن له فيها شبهةً تسقط حَدَّ وطئها، فأشبهت المشتركة بينه وبين غيره، وقيل: فيه ثلاثة أقوال:

أظهرها: المنع.

وثانيها: الجواز مطلقًا.

---

(١) في نسخة: (فنقل ذلك عن رواية القاضي).

(٢) في نسخة: (مواضع من هذا الطَّور).

فَلَوْ مَلَكَ زَوْجَةَ وَالِدِهِ الَّذِي لَا تَحِلُّ لَهُ الْأَمَةُ لَمْ يَنْفَسِخْ النِّكَاحُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ أَمَةٍ مُكَاتَبَةٍ، فَإِنْ مَلَكَ مُكَاتَبٌ زَوْجَةَ سَيِّدِهِ انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِي الْأَصَحِّ.

وثالثها: لا يجب إعفافه، ولم يجعلها أم ولد له بإحباله جاز، وإلا فلا، وهذا كله في الأب الحرِّ، أما الرَّقيق فله نكاح أمة ولده، وإذا أولدها لم تَصِر أم ولد له، كما سبق.

قال: (**فَلَوْ مَلَكَ زَوْجَةَ وَالِدِهِ الَّذِي لَا تَحِلُّ لَهُ الْأَمَةُ؛ لَمْ يَنْفَسِخْ النِّكَاحُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن للدَّوَامِ من القوة ما ليس لِلِابْتِدَاءِ.

وَالثَّانِي: يَنْفَسِخُ كَمَا يمتنع نكاح أمة نفسه، وكما لَوْ مَلَكَ زوجته، وقوله الذي وصف للوالد، والمراد بالأمة: الأمة المعهودة أي: الوالد الذي لا تحلُّ له أمة ولده، وإنما قيد ذلك بهذا القيد؛ لأنه محل الخلاف، أما لو كان الوالد ممن يحلُّ له نكاح أَمَة ولده؛ لكون الأب عبدًا، أو لكون الولد معسرًا لا يلزمه إعفافه، ولو اشترى زوجة الأب، والولد يحتاج إليها، أو كان الولد مكاتبًا، وأذن له سيده في تزويجها. وقلنا: يجوز للأب في هذه الحالة ابتداءً نكاح هذه الأَمَة، فطريان ملك الولد لا ينفسخ به نكاحها وجهًا واحدًا؛ لأنه لم يطرأ ما ينافي النكاح على هذا التقدير.

وعبارة «الكتاب»: فلقلة مَنْ يفهم المراد منها، وكان الأحسن أن يقول: ولو ملك زوجة والده الذي لا يحل له نكاح أمة ولده، لم ينفسخ النكاح في الأصحِّ، أو نحو هذا[1].

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ أَمَةٍ مُكَاتَبَةٍ**) أي: قطعًا؛ لقوة الشبهة في رقبة المكاتب؛ لأنه ملكه، ولو أولدها؛ صارت أم ولد له.

قال: (**فَإِنْ مَلَكَ مُكَاتَبٌ**) أي: كِتَابَةً صَحِيحَةً.

(**زَوْجَةَ سَيِّدِهِ؛ انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِي الْأَصَحِّ**) بخلاف مسألة الابن؛ لأن تَعَلُّقَ السَّيِّدِ بِمَالِ الْمُكَاتَبِ، فوق تَعَلُّقِ الْأَبِ بِمَالِ الِابْنِ، فأشبه حدوث ملك نفسه.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٣/ ٢١٥).

فَصْلٌ

السَّيِّدُ بِإِذْنِهِ فِي نِكَاحِ عَبْدِهِ لَا يَضْمَنُ مَهْرًا وَنَفَقَةً فِي الْجَدِيدِ، وَهُمَا فِي كَسْبِهِ

والثاني: لا، كما سبق في ولده.

قال:

(فَصْلٌ:

السَّيِّدُ بِإِذْنِهِ فِي نِكَاحِ عَبْدِهِ لَا يَضْمَنُ مَهْرًا وَنَفَقَةً فِي الْجَدِيدِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمْهَا تَصْرِيحًا، وَلَا تَعْرِيضًا، بَلْ لَوْ أَذِنَ، بِشَرْطِ الضَّمَانِ لَمْ يَصِرْ ضَامِنًا؛ لعدم الوجوب عند الإذن، وللجهالة، وَالْقَدِيمُ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ يَقْتَضِي الِالْتِزَامَ، وليس فيه تخصيص بالكسب، ولا فرق بين مال ومال.

والحاصل في المسألة، أقوال:

أصحها: أنه لا يطالب السيد بشيء في ذمته، مكتسبًا كان العبد، أو غير مكتسبٍ.

والثاني: يطالب في الحالين بهما.

والثالث: يطالب بالمهر دون النفقة.

والرابع: يطالب إنْ كان العبد غير مكتسب، لا إنْ كان مكتسبًا، وإذا كان له كسب، [لا يفي فحكم التكملة حكم عدم الكسب؛ فعلى الأول ليس على السيد إلا تمكين الكسوب] من الاكتساب، ولا فرق بين أن يعلم السيد أن العبد كسوبٌ أو لا [وله بين أن يصرِّح بالضمان أو له مكاتبة ضمان ما لم يجب] ولو كان العبد كسوبًا، ثم طرأ له زِمَانَةٌ بعد العقد لم يأت فيه إلا قول الضمان وعدمه فقط، قاله الإمام.

قال: **(وَهُمَا فِي كَسْبِهِ)** لأنهما من لوازم النكاح، فأولى ما تعلقا به كسبه، والإذن له في النكاح إذنٌ في صرف كسبه الطارئ إليهما.

والظاهر أن هذا متفقٌ عليه، ويحتمل أن يكون مفرعًا على الجديد، يرشد إليه قول بعضهم معللًا: لَا يُمْكِنُ إيجَابُهما عَلَى الْسيد؛ لِأَنَّهُ ليس بضامن، وَلَا

بَعْدَ النِّكَاحِ الْمُعْتَادِ وَالنَّادِرِ، ....

فِي رقَبَةِ العبد؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِرِضَا الْمُسْتَحِقِّ، وَلَا البقاء فِي ذمَّته إلى عتقه؛ للإِضْرَارِ بِالْمَرْأَةِ، انتهى.

وكلام «الكتاب» يُشعر بعدم التعلق بذمته أيضًا؛ لكن الإمام وغيره صرَّحوا به في العبد المأذون، وفي كلام غيره ما يقتضي خلافًا فيه، ويجيء فيه أوجه:

أحدها: يتعلقان بالكسب فقط.

والثاني: به، وبذمة العبد، وهو الأصحُّ.

والثالث: به، وبذمة العبد والسيد جميعًا.

قال شارحٌ: ويحتمل أن يجيء فيه وجهٌ **رابعٌ**: أنه يتعلق بذمة العبد، وذمة السيد، من غير تعلق بالكسب.

وخامس: وهو للتعلق بذمة السيد فقط، وهو بعيدٌ.

قال: (**بَعْدَ النِّكَاحِ الْمُعْتَادِ وَالنَّادِرِ**) أي: أن النفقة والمهر إنما يتعلقان بكسبه الحادث بعد عقد نكاحه، سواء كان الكسب معتاد كالحرفة، أو نادر كالهبة والوصية، وفي النادر وجهٌ مبني على أنه لا تَدْخُلُ فِي الْمُهَايَأَةِ، وقيل: بناءً على أنه لا يقبل ذلك إلا بإذن السيد.

إشارة: متعلق المهر الكسب الطارئ بعد العقد لا محالة، أما النفقة؛ فمتعلقها إنما هو الكسب الْحَاصِلِ بَعْدَ التَّمْكِينِ؛ لأنهما يتعلقان بكسب يحصل بعد وجوبهما، حتى لو نكح بمؤجلٍ، لم يتعلق إلا بالكسب الحاصل بعد حلول الأجل، أو بِتَفْوِيضٍ صَحِيحٍ، لَمْ يَتعلق إلَّا بالكسب الْحَاصِلِ بَعْدَ الْوَطْءِ، أَوْ الْفَرْضِ الصَّحِيحِ.

وقياس ما ذكروه في المؤجل أنه لو نكح صغيرةً، وقلنا: لا يجب تسليم المهر في حال الصِّغر؛ إذ لا يتعلق إلا بالكسب الحاصل بعد وجوب التسليم، وفيه وقفةٌ، ولا يخفى حكم النفقة، ويجب استثناء ما أشرنا إليه من إطلاق «الكتاب».

تنبيه: قال الرَّافِعِيُّ: وطريق الصَّرف إلى المهر والنفقة أن يُنْظر في

فَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي تِجَارَةٍ فَفِيمَا بِيَدِهِ مِنْ رِبْحٍ وَكَذَا رَأْسُ مَالٍ فِي الْأَصَحِّ،

الحاصل كلَّ يوم، فيؤدي منه النفقة، إنْ وفَّى بها، فإن فضل شيءٌ صُرِفَ إلى المهر حتى يتمَّ، فإذا تمَّ صُرِفَ الفاضل عن النفقة إلى السيد، ولا يُدخر للنفقة.

قلت: ولا ينبغي تعيين ذلك طريقًا؛ إذ هما [دين] في كسبه، فيصرفه عما شاء من المهر [والنفقة] وكان المقصود تبيين حكم الفاضل، إذا صُرِفَ كسبه إلى النفقة، وَفِي «الْوَسِيطِ»: يجب عليه ترك الاستخدام، وتمكينه حتى يكتسب بقدر المهر أو لا، ثم يكتسب للنفقة، وظاهره يخالف كلام الرَّافِعِيِّ.

وَجَمَعَ ابْنُ الرِّفْعَةِ بَيْنَهُمَا بِحَمْلِ كَلَامِ الْغَزَالِيِّ عَلَى مَا إِذَا مَنَعَتْ نَفْسَهَا مِنْ التَّسْلِيم حَتَّى تَقْبِضَ الْمَهْرَ؛ فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ، وَكَلَامُ غيره عَلَى مَا إِذَا بَذَلَتْ نَفْسَهَا، فَتُقَدَّمُ النَّفَقَةُ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهَا نَاجِزَةٌ، بِخِلَافِ الْمَهْرِ، وَفِي النَّفْسِ شَيْءٌ مِنْ هَذَا الْجَمْعِ، وقول الرَّافِعِي: إن الفاضل عن النفقة يُصرف للسيد، ولا يُدخر، مستمرٌ على الأصحِّ، من أن المعتبر نفقة ذلك اليوم، أما لو قلنا: نفقة العمر؛ فلا يصرف إليه، إلا ما فضل عن ذلك.

قال: (**فَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي تِجَارَةٍ؛ فَفِيمَا بِيَدِهِ مِنْ رِبْحٍ، وَكَذَا رَأْسُ مَالٍ فِي الْأَصَحِّ**) قال الرَّافِعِيُّ: يُعطى مما في يده، واختلفوا في مراده بذلك على أوجهٍ:

أحدها: يُعطى من الرِّبح المستفاد بعد الوجوب، فالمهر من المستفاد بعد العقد على ما بيَّناه، والنفقة من المستفاد بعد التمكين.

والثاني: أنه من كسب المال مطلقًا، سواء الحادث قبل الدخول وبعده؛ لأن كسبَ العمل حادث في كلِّ يومٍ، بخلاف كسب التجارة.

والثالث: من جمع ما في يده من رأس مال وربح، ورجَّحاه؛ لِأَنَّهُ دينٌ لَزِمَهُ بِعَقْدٍ مَأْذُونٍ فِيهِ؛ فَكَانَ كَدَيْنِ التِّجَارَةِ.

تنبيه: لو كان المأذون مكتسبًا يقتضي كلام «المنهاج» و«المحرر» أنهما يتعلقان بكسبه أيضًا، وقد يحتاج إليه بألا يفي مال التجارة وربحه بهما، وسكت الرَّافِعِيُّ في «الشرح» عن ذلك، وهذا كلّه في مهر يتناوله الإذن، فلو

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِبًا وَلَا مَأْذُونًا لَهُ فَفِي ذِمَّتِهِ، وَفِي قَوْلٍ عَلَى السَّيِّدِ.

وَلَهُ الْمُسَافَرَةُ بِهِ وَيَفُوتُ الِاسْتِمْتَاعُ، ....

قدَّر السيد مهرًا، فزاد العبد، فالزيادة في ذمته فقط، لا تتعلق بكسبٍ ولا بربح، وفيه احتمالٌ للإمام، والنصُّ في «الْبُوَيْطِيِّ»، وجرى عليه الأئمة أن إطلاق الإذن يُحمَلُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ[(١)] فإن زاد عليه فالزيادة في ذمته فقط.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِبًا وَلَا مَأْذُونًا لَهُ**) أي: رضيت بالمقام معه على ذلك؛ لأنه دَيْنٌ لزم بِرِضَا مُسْتَحِقِّهِ، وعدم الكسب إما لزمانةٍ ونحوها، أو لِأَنَّهُ مُجَازِفٌ محرومٌ.

قال الْمَاوَرْدِي: فهما سواء.

قال: (**فَفِي ذِمَّتِهِ، وَفِي قَوْلٍ عَلَى السَّيِّدِ**)؛ لقرينة العجز؛ لِأَنَّ إِذْنَه لهَذَا الْتِزَامٌ لِلْمُؤَنِ، وفي قولٍ ثالثٍ: يتعلق ذلك برقبته؛ إلحاقًا بأَرْشِ الجناية، وطرده القاضي أبو حامد المروزي في الكسوب.

قال: (**وَلَهُ الْمُسَافَرَةُ بِهِ وَيَفُوتُ الِاسْتِمْتَاعُ**)؛ لِأَنَّهُ مَالِكُ الرَّقَبَةِ، فَيُقَدِّمُ حَقَّهُ، كَمَا له المسَافرة بِأَمَتِهِ الْمُزَوَّجَةِ.

قال الشَّافِعِيُّ في «الأم»: وإذا أُذن له بالنكاح؛ فَلَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ، ويرسله حيث شاء، أي: له أن يسفره في أشغاله، وإن أقام السيد.

وعبارة المصنف توهم أمرين:

أحدهما: أن له المسافرة به، وإن لم يتكفل بالمهر والنفقة؛ لأنه إنما شرط التكفيل في استخدامه بها، إذا لم يسافر به، والحكم في الحالين سواءٌ، صرَّح به الأصحاب.

الثاني: قوله: «وَيَفُوتُ الِاسْتِمْتَاعُ» يفهم أنه ليس للعبد استصحابها، والمنقول أن له ذلك.

قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَعَلَيْهِ تَخْلِيَتُهُ حِينَئِذٍ لَيْلًا لِلِاسْتِمْتَاعِ.

---

(١) في نسخة: (يحمل على غير مهر المثل).

وَإِذَا لَمْ يُسَافِرْ لَزِمَهُ تَخْلِيَتُهُ لَيْلًا لِلِاسْتِمْتَاعِ.

قلت: والأسفار مختلفة، فقد يكون السير في بعضها ليلًا، والسكون نهارًا، فيراعى في كلِّ سفرٍ ما تقتضيه عادته.

قال الْبَغَوِيُّ: يَكُونُ الْكِرَاءُ فِي كَسْبِهِ، فَإِنْ امْتَنَعَتْ، أو كَانَتْ رَقِيقَةً، فمنعها سيدها؛ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهَا الزَّوْجُ بِالسَّفَرِ، فَالنَّفَقَةُ بِحَالِهَا، وإذا مكن من استصحابها؛ فلا تفويت، وهو المفوت على نفسه كالحرِّ.

قال الرَّافِعِيُّ: والسيد يتكفل بها؛ فإنْ لم يفعل، ففيما يغرمه الخلاف؛ يعني: فيما إذا استخدمه حضرًا، وسنذكره، قال: هذا هو المنقول، ورواه الْمُزَنِيُّ.

وحكى الإمام عن العراقيين: أنه ليس للسيد استخدامه في الحضر، ولا أن يسافر به، ما بقيت عليه مؤنة من مؤن النِّكاح، وجعل المسألة خلافية بين الأصحاب، ولا يكاد يتحقق فيها خلاف، انتهى.

قال شارح: هذا كما قاله العراقيون وغيرهم، متفقون على ذلك، يصرِّحون بأن السيد لم يضمن ذلك، ويتسلط على استخدامه في الحضر، واستصحابه في السفر، فيجب تأويل ما نقله الإمام على ما إذا كَانَ السَّيِّدُ مُعْسِرًا عاجزًا عن بذل ما يجب للزوجة، انتهى.

وقال شارح: اعلم أن إنكار الرَّافِعِيِّ على الإمام ثبوت الخلاف في المسألة، إنْ أراد به أنه لا يشترط الدفع، وأنه لا بدَّ من الضمان والالتزام قبل السفر، والاستخدام بلا نزاع، فكلام جماعة من المراوزة ينازعه، ويقتضي أنه لا حاجة إلى ضمان والتزام، كما نقله الإمام، وهو ظاهر كلام القاضي الحسين والفورانيِّ، فإنْ أراد أنه لا حاجة به إلى الضمان، ولا الالتزام أولًا، وأن المراد بالضمان التزام السيد ذلك عند السفر والاستخدام؛ فكلام العراقيين صريحٌ أو كالصريحِ، إنه لا بدَّ من الضمان أولًا، كما قاله الإمام عنهم، انتهى.

قال: (**وَإِذَا لَمْ يُسَافِرْ؛ لَزِمَهُ تَخْلِيَتُهُ لَيْلًا لِلِاسْتِمْتَاعِ**)؛ لأنه وقته لمثله.

وَيَسْتَخْدِمُهُ نَهَارًا إِنْ تَكَفَّلَ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ وَإِلَّا فَيُخْلِيهِ لِكَسْبِهِمَا ....

قال الشيخ أبو حامد وأتباعه: إلا أن تكون الزوجة في منزل السيد، فلا يلزمه أن يخليه بالليل كذلك؛ لِأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا فِي مَنْزِلِهِ.

وتابعهم الْمَاوَرْدِيُّ، وخصَّص ذلك بما إذا كان استخدام السيد بالنهار، فإن كان استخدامه بالليل؛ كالزجَّاج والحداد، صار الليل زمان استخدامه لعبده، والنهار زمان إرساله للاستمتاع، وما قالوه ظاهرٌ، فيما إذا كان يخدم سيده نهارًا في منزله، بحيث يلج على زوجته كل وقت بلا حائل، أَمَّا لَوْ كَانَ يَسْتَخْدِمُهُ فِي سُوقِهِ أَوْ زَرْعِهِ أَوْ محله أَوْ رَعْيِهِ مثلًا، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهَا مَنْزِلَ السَّيِّدِ أَوْ غَيْره.

إشارة: لا يلزمه بجانبه من أول الليل، كما يُفهمه كلام المصنف وغيره؛ بل وقت النوم على العادة عند الفراغ من خدمته أول الليل، كما سيأتي في الأَمَة.

ونصُّ «الأم»: وليس له إذا كان معه بالمصر أن يمنعه امرأته في الحين الذي لا خدمة له عليه فيه، وله أن يمنعه إياها في الحين [الذي له عليه فيه الخدمة، انتهى، وسيأتي ما يقتضي ذلك أيضًا.

وعبارة القاضي أبي الطيب في «المجرد»] ليس له منعه من الاستمتاع بها في أوقات لا خدمة له عليه من الليل؛ لأن منعه منها في هذا الوقت للإضرار دون حق الاستخدام، فلم يجز له، انتهى.

قال: **(وَيَسْتَخْدِمُهُ نَهَارًا إِنْ تَكَفَّلَ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ، وَإِلَّا فَيُخْلِيهِ لِكَسْبِهِمَا)** أي: وإن يتكفلهما؛ فعليه تخليته لكسبهما لحقِّ الزوجية، والمراد بتكفلهما: الالتزام بهما وأداؤهما، وليس على حقيقة ضمان الديون والمتَّجه عند إعساره أن التزامه لا يفيد؛ لأن فيه تفويت حقها عليها من غير بدل، وحينئذٍ فالمتَّجه ألا يجوز له استخدامه وتسفيره، إلا بعد أداء ما وجب لها، وهذا ظاهرٌ في المعسر.

وأما الموسر؛ فقد يقال: حقها يتعلق بأمر متوقع، قد لا يقع، وبالتزامه

وَإِنْ اسْتَخْدَمَهُ بِلَا تَكَفُّلٍ لَزِمَهُ الْأَقَلُّ مِنْ أُجْرَةِ مِثْلٍ وَكُلِّ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ، وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ.

صار الحق مستقرًا كفداء الجاني، وكذا السفر إن كان الصداق باقيًا حالًا، والنفقة واجبة، اتجه المنع إلى الدفع والالتزام، نعم لو كان المهر قد أدي، أو كان مؤجلًا، ولم تكن نفقةً واجبةً، فإن سافر به، أو سفَّره ليلًا أو نهارًا، وقد أدى وظيفة يومه، فالمتَّجه هنا جواز السفر من غير تقديم دفع، ولا التزام؛ لأنه لا دين الآن، وإنما يتحدد؛ لأن الدين الثابت المؤجل لا يمنع السفر، وإن قرب محله فالنفقة التي لم تجب بعد أولى.

قال: (**وَإِنْ اسْتَخْدَمَهُ**) أي: أو حبسه ولم يستخدمه، كما قاله الْمَاوَرْدِيُّ (**بِلَا تَكَفُّلٍ لَزِمَهُ الْأَقَلُّ مِنْ أُجْرَةِ مِثْلٍ وَكُلِّ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ**) كما لو باع الجاني، وصححناه يلزمه الفداء بأقل الأمرين، وما نحن فيه أولى؛ لأنه بإذنه في النكاح كالملتزم للمؤن في كسبه، فإذا فوته طولب بها من سائر أمواله.

(**وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ**) أي: ما كانا؛ لأنه ربما كسب ذلك اليوم اتفاقًا، ما بقي بالجميع، وعلى الوجهين المراد نفقة مدة الاستخدام ونحوه فقط، وقيل: نفقة مدة النكاح.

إشارة: قال شارح في بعض نسخ «المحرر»: نقل الخلاف قولين، وهو وهمٌ.

قلت: ليس بوهم؛ بل نقله قولين القاضي أبو الطيب والفوراني، والْغَزَالِي في «بسيطه» و«وسيطه» أعرض هذا الشارح على الرَّافِعِيِّ في نقله كلام «الوجيز»، وترجيحه لزم الأقل، وزعم أنه لم يذكر في «الوجيز»، وليس كما قال، أوضحته في «الغنية»، وكلام الرَّافِعِي مطابق لكلام الْغَزَالِي، وذكر أنه يجتمع في المسألة خمسة أوجه، جميع ما سبق في الكسوب، أما العاجز عن الكسب؛ فالظاهر أن للسيد السفر به، واستخدامه حصرًا من غير التزام شيء، أو لا معنى لتعطيله بلا فائدة، ولم أرَ فيه تصريحًا، لو قال السيد: أنا أمنعه الكسب وأكفيه أمر النفقة والمهر.

قال ابن الْقَطَّان: فله ذلك، فإن أمنعه وأعطيه أجرة المثل، نُظِرَ إن كانت

وَلَوْ نَكَحَ فَاسِدًا وَوَطِئَ فَمَهْرُ مِثْلٍ فِي ذِمَّتِهِ، وَفِي قَوْلٍ فِي رَقَبَتِهِ.

تكفيه جاز، وإن لم تكفه، فهل يقبل ذلك منه؟ فيه وجهان.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ فَاسِدًا وَوَطِئَ فَمَهْرُ مِثْلٍ فِي ذِمَّتِهِ، وَفِي قَوْلٍ فِي رَقَبَتِهِ**) قضية إطلاقه أن الحكم ما ذكره، سواء كان النكاح بإذن سيده أم بغير إذنه، فإن ذلك لا يتعلق بكسبه بحال، فيقول: إذا نكح بلا إذن نكاحًا فاسدًا لشرط فاسد يشرطه، ووطئ، لزمه مهر المثل في ذمته على «الجديد»، كما لو اشترى أو استقرض مستقلًا.

والثاني: وهو مخرَّج أو قديم، إنه متعلق برقبته؛ لأنه إتلاف قيدٌ له في رقبته، كديون الإتلافات، ومنهم من لم يثبت هذا القول، ولو نكح أَمَةً بغير إذن سيده، ولا سيدها، وهي بالغة عاقلة ووطئها فطريقان، القطع بتعليقه برقبته، وبها قال ابن الحداد، وهي أشبه؛ لأن المهر للسيد، ولم يرض بذلك، وقيل: على القولين في الكتاب، ونسبها الفوراني إلى عامة الأصحاب، وارتضاها الْقَفَّالُ وزيف الأولى؛ لأن لفعلها تأثير في المهر، وإن كان للسيد، والخلاف قريب من سقوطه بمطاوعتها زانية، قال الْقَفَّالُ: ولو أذن له السيد في النكاح، فنكح فاسدًا ودخل، فأقوال:

أحدها: أن المهر فيما في يديه من المال، فإن لم يكن مال ففي كسبه، فإن لم يكن له كسب ففي ذمته، يتبع به إذا عتق.

والثاني: أنه في رقبته كالجناية.

والثالث: وهو مخرَّج أنه في ذمته، انتهى.

وهذا الثالث هو الصحيح؛ لأن الإذن إنما يتناول النكاح الصحيح على المشهور، وإن جعلنا الفاسد داخلًا في [إذنه تعلق بالكسب كما في الصحيح، ولو صرَّح السيد له بالإذن في الفاسد.

قال الرافعيُّ وغيره: فالقياس تعلقه بالكسب وينبغي أن يكون] المراد كالمهر في النكاح الصحيح، لا أنه يختص بالكسب؛ حتى لا يتعداه؛ بل يتعلق بما في يد المأذون بالذمة وغيرها، كما سبق، وأبدى ابن الرِّفْعَة نظرًا في ذلك.

وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ اسْتَخْدَمَهَا نَهَارًا وَسَلَّمَهَا لِلزَّوْجِ لَيْلًا، ....

تتمات:

منها: ما ذكره من التعلق بذمته، على القول المشهور المنسوب إلى «الجديد» محله في كبيرة عاقلة سلمت نفسها مختارةً، أما لو كانت حرةً طفلةً، أو كانت مجنونةً، أو مستكرهةً، فالوجه التعليق برقبته؛ لأنه جناية محضة، وإن كانت رقيقةً وسلمها سيدها، فموضع تأمل.

ومنها: يظهر أنه لو كانت بكرًا.

وقلنا: لا يندرج أرش البكارة في المهر أنه يتعلق برقبته قطعًا، وهذا واضحٌ.

ومنها: ادَّعى العبد إذن سيده فأنكر، قال القاضي الحسين في «الفتاوى»: الوجه أن تدعي المرأة على السيد، إن كسب هذا القيد مستحق لمهري، ونفقتي؛ ليتبع القاضي البينة.

قال ابن الرِّفْعَة: أو يدعي العبد أنه يلزمه تخليته؛ ليتكسب المهر والنفقة؛ بناءً على الجديد وأحد الوجهين على القديم؛ لأن العبد يكون مشغول الذمة بذلك.

قال: **(وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ اسْتَخْدَمَهَا نَهَارًا وَسَلَّمَهَا لِلزَّوْجِ لَيْلًا)** المراد أنه يلزمه تسليمها إلا بالليل، وأن له استخدامها نهارًا.

قال الرَّافِعِيُّ معللًا: لأنه يملك منفعتي الاستخدام والوطء، فإذا زالت إحداهما بقيت الأخرى، فيستوفيها في وقتها، وهو النهار، وهذا كما أنه لو أخرها سلمها للمستأجر نهارًا، ويسلمها؛ لاستيفاء المنفعة الأخرى ليلًا، انتهى.

وفيه نظرٌ، لأن عدم تسليمها للمستأجر ليلًا ليس لما ذكر؛ بل لأن العرف لا يشمل ذلك، وإن كان السيد لا يملك الاستمتاع بها له إمساكها ليلًا، وأيضًا فلا خفاء أنه لو أجرها للإرضاع لزمه تسليمها ليلًا ونهارًا، وأنه لا فرق في مسألتنا بين المحرمة عليه وغيرها.

....

قال في «أصل الروضة»: فلو أراد السيد أن يسلمها نهارًا بدلًا عن الليل لم يكن له، انتهى.

وسبق عن الْمَاوَرْدِيِّ في العبد: أنه لو كان وقت خدمته للسيد بالليل، أن له استخدامه ليلًا، وإرساله نهارًا، وقد يأتي مثله هنا.

وقال ابن الرِّفْعَة: قد لا يأتي فيما يجيء فيه، إذا كانت حرفة الزوج نهارًا، انتهى.

ويتجه أنه لو كانت حرفة الزوج والسيد ليلًا جواز ذلك للسيد جزمًا؛ لأن نهار الزوج وقت سكنه، ولهذا جعلوه عماد القسم في حقه، ولو كان الزوج وحده كذلك، ورضي السيد بتسليمها نهارًا، فذاك، وإلا فليس له طلبها نهارًا، وتعطيل خدمتها على السيد.

تنبيهان:

أحدهما: مقتضى كلام المصنف وغيره أن جميع الليل محل للتسليم، حتى يجب من غروب الشمس، والوجه حمل كلامهم على أنه يلزمه تسليمها ليلًا على الوجه المعتاد، لا من أوله؛ بل له استخدامه في أوله على العادة، وبه صرَّح القاضي أبو الطيب في «كتاب النفقات».

وعبارة «الشامل»: وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ كان عليه إرسالها إلى زوجها حين يفرغ من استخدامها بحكم العادة، ونقل ابن الرِّفْعَة وغيره عن «مختصر الْبُوَيْطِيِّ»: أن التسليم في الليل يكون وقت الفراغ من الخدمة، وذلك بعد ثلث الليل الأول.

قال ابن الرِّفْعَة: ولم أرَ ذلك في غيره، نعم.

قال ابن الصباغ: وذكر ما قدمته وهذا من الشَّافِعِي رضي الله عنه على سبيل التقريب، ولعله أراد ليل الشتاء لا مطلقًا، ولفظه: ولا بُدَّ من المملوكة من وقت تترك فيه عند القيلولة في الصيف، وبعد ثلث الليل الأول، وليس للمملوكة أول الليل ولا آخر الليل، ولا أول النهار ولا آخره؛ لأنه يحتاج

وَلَا نَفَقَةَ عَلَى الزَّوْجِ حِينَئِذٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

إليها، ولا بد للمملوك أن يجعل له هذا الوقت، انتهى.

ذكره في آخر النفقات، والظاهر أنه أراد به غير المزوجة، لا كما فهمه ابن الرِّفْعَة وغيره، ولهذا قال: ولا آخر الليل، وهذا إنما يكون فيمن هي عبدة، نعم، يشبه أن يختلف الحال في المزوجة باختلاف الحال في البلاد، والأزمان، والساعات، والعادات.

الثاني: ما سبق في غير المكاتبة كتابةً صحيحةً، أما هي فمستقلة، وقد يقال له: منعها منه نهارًا، إذا كانت يفوت منه تحصيل النجوم، ثم رأيت من قال: هل تسلم إليه ليلًا ونهارًا؟

قال الْمَاوَرْدِيُّ: نعم، وحكى القاضي الحسين فيه وجهين، وربما سبق في اعتكافها كلام ينبغي مراجعته، وأما المبعَّضة فإن كان ثَمَّ مهايأة فالقياس أنها في نوبتها كالحرة، وفي نوبة سيدها كالقنة، وإن لم يكن مهايأة فهذا موضع تأمل، ولم أرَ فيه نصًا، ولينظر فيما لو كانت قنة لا كسب لها، ولا خدمة فيها لزمانة، أو جنون، أو خبل وغيرها، هل يقال: على السيد تسليمها ليلًا ونهارًا؛ إذ لا وجه لحبسها نهارًا عنده بلا فائدة، أم لا فرق؟ لم أر فيه نقلًا.

قال: **(وَلَا نَفَقَةَ عَلَى الزَّوْجِ حِينَئِذٍ فِي الْأَصَحِّ)** أي: لعدم التمكين التام، والثاني: يستحق بالقسط، قاله ابن أبي هريرة، وغلطه الشيخ أبو حامد فيه، فعليه قال القاضي أبو الطيب بعدد الساعات، ويكون لها من النفقة بقدر ذلك الحساب.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: يجب عليه عشاؤها؛ لأنه يراد لزمان الليل، وعلى السيد غداؤها؛ لأنه لزمان النهار، وعليه من الكسوة، ما يُتَدَثَّرُ به ليلًا، وعلى السيد ما تلبسه نهارًا.

واعلم أن ظاهر نصه في «الْبُوَيْطِيِّ» قد يُعَضِّد هذا الوجه أو الوجه الثالث الآتي لفظه، وكل وقتٍ حجب سيدُ الأَمَةِ الأَمَةَ عن الزوج بلا حاجة إليها، فلا نفقة عليه، وكلما أباحها فعليه، ثم قال: وإذا حجب الأَمَةَ عن الزوج في

وَلَوْ أَخْلَى فِي دَارِهِ بَيْتًا وَقَالَ لِلزَّوْجِ تَخْلُو بِهَا فِيهِ لَمْ يَلْزَمْهُ فِي الْأَصَحِّ، وَلِلسَّيِّدِ السَّفَرُ بِهَا ....

أوقات، لم يحتاجوا إليها، وحبسوها عمدًا، فالنفقة على السيد، انتهى.

والوجه الثالث: ويُحكى عن الشيخ أبي محمد، و«منثور» الْمُزَنِي: أنها تستحق تمام النفقة بحصول التسليم الواجب شرعًا، ونص «الْبُوَيْطِيِّ» إلى هذا أقرب.

قال: (**وَلَوْ أَخْلَى فِي دَارِهِ بَيْتًا، وَقَالَ لِلزَّوْجِ: تَخْلُو بِهَا فِيهِ لَمْ يَلْزَمْهُ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الحياء والمروءة يمنعانه من ذلك، وعلى هذا فلا نفقة عليه جزمًا.

والثاني: يجاب السيد جمعًا بين حقها من إدامة يد السيد، وتمكين الزوج؛ فعلى الأصحِّ لو كانت محترفة، فقال الزوج: دعوها تحترف عندي للسيد، ولم يجب على الأصحِّ، خلافًا لأبي إسحاق والرافعي قال: وللسيد أخذها عنده؛ لأنه قد تبدو له في الحرفة، ويريد استخدامها، انتهى.

وقال في «شرح التعجيز»: لا يلزمه ذلك؛ لأنه نقص من جانبه، وقال الإمام الرَّافِعِي: لأنه قد يريد استخدامها، وهذا ضعيف؛ إذ قد قال الإمام: إنه إن أراد ذلك لم يمنع وجهًا واحدًا، انتهى.

وهذا التضعيف ضعيف؛ [لأنه قد يريد استخدامها في أمر آخر، لا يحتمل التأخير إلى إحضارها من منزل الزوج][(١)].

تنبيهات: نقلا الخلاف في صورة الكتاب في «الروضة» و«الشرحين» قولين: لو كان زوجها ولد سيدها، وكان لأبيه ولاية إسكانه؛ لسفهه أو مرودته يخشى عليه من انفراده، فيشبه أن للسيد ذلك على القولين أو الوجهين، وقد عللوا الراجح بأن الحياء والمرودة يمنعانه من دخول دار السيد، وهذا المعنى منتفٍ في حق ولده مع ضمِّه عدم الاستقلال، فتأمله.

قال: (**وَلِلسَّيِّدِ السَّفَرُ بِهَا**)؛ لأنه مالك [رقبتها] [(٢)] فيقدم جانبه على جانب

(١) في نسخة: (وقد لايجد من يحضرها له في ذلك الوقت ولا سيما مع بعد منزل الزوج).
(٢) في نسخة: (ومنفعتها).

وَلِلزَّوْجِ صُحْبَتُهَا.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ السَّيِّدَ لَوْ قَتَلَهَا أَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ دُخُولٍ سَقَطَ مَهْرُهَا، وَأَنَّ الْحُرَّةَ لَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا، أَوْ قَتَلَ الْأَمَةَ أَجْنَبِيٌّ أَوْ مَاتَتْ فَلَا، كَمَا لَوْ هَلَكَتَا بَعْدَ دُخُولٍ.

مالك المنفعة، هكذا وجهه الرَّافِعِي، وبعض المتأخرين، وعلله الشيخ أبو حامد وغيره بأنه يملك رقبتها ومنفعتها.

قلت: ويستثنى من إطلاق المصنف المستأجرة، والمرهونة، والمكاتبة كتابةً صحيحة، فإن ذلك يتوقف على رضا المكتري، والمرتهن، والمكاتبة، والظاهر أن الجانية المتعلق برقبتها مال كالمرهونة، إلا أنه يلزم السيد الفداء.

قال: **(وَلِلزَّوْجِ صُحْبَتُهَا)** أي: ليستمتع بها في وقته، فإن لم تسافر، لم يلزمه نفقتها، وأما المهر، فإن كان بعد الدخول، فقد استقر، وعليه تسليمه، وإلا لم يلزمه تسليمه، وله استرداده إن كان قد سلمه.

قال: **(وَالْمَذْهَبُ أَنَّ السَّيِّدَ لَوْ قَتَلَهَا أَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ دُخُولٍ سَقَطَ مَهْرُهَا، وَأَنَّ الْحُرَّةَ لَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا، أَوْ قَتَلَ الْأَمَةَ أَجْنَبِيٌّ أَوْ مَاتَتْ فَلَا، كَمَا لَوْ هَلَكَتَا بَعْدَ دُخُولٍ)** قال الشَّافِعِيُّ في «المختصر»: لو قتل أمته، أو قتلت نفسها؛ فلا مهر لها، ونص أن الحرة لو قتلت نفسها لها المهر، واختلف الأصحاب على طريقتين، وذهب ابن سُرَيْج إلى تخرِّيجهما على قولين:

أحدهما: لا مهر مطلقًا؛ لأن الفسخ جاء من قبلها، فأسقط المهر كالردة، والرضاع.

والثاني: يجب؛ لأنها فرقة وقعت بالقتل كالموت، وخالفت الرضاع، والردة للتهمة باختيار الفرقة بخلاف القتل، وقرر جماعة النصين، وقيل: إن قتْل الأَمَة نفسها ملحق بقتْل الأجنبي؛ لأن المهر ليس لها، وفرقوا بوجوه:

أحدها: أن الحرة في حكم المقبوضة، بخلاف الأَمَة، فإنها في قبضة السيد.

والثاني: لأن المقصود من نكاح الحرة للألفة والمواصلة دون الوطء، وذلك حاصل قبل الدخول، والمقصود من نكاح الأَمَة الوطء؛ لأنه لا يجوز

وَلَوْ بَاعَ مُزَوَّجَةً فَالْمَهْرُ لِلْبَائِعِ ....

أن يتزوجها إلا من خوف العنت، وذلك حاصل قبل الدخول.

والثالث: أنه قد استفاد بميراث الحرة، فجاز أن يغرم مهرها، بخلاف الأَمَة، وأما إذا قتل الأَمَة أجنبي، أو ماتت؛ فالمذهب، وبه قال جمهور الأصحاب: عدم السقوط كالحرة، ولو قتلها.

وقال الإصطخريُّ بالسقوط في الحالين؛ لأنها ليست في قبضته، فلا يستقر بموتها وقتلها، بخلاف الحرة، ولو قتلها الزوج.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: استقر مهرها باتفاق الأصحاب.

وقال الرَّافِعِيُّ: لو قتلها الزوج فالحكم ببقاء المهر أظهر، وفيه وجه: أنه يسقط أيضًا.

فائدة: قال الرَّافِعِيُّ في أثناء الكلام: والظاهر في قتل السيد الأَمَة سقوط المهر، وفي سائر الصور وجوبه، وإطلاقه يقتضي أن يكون الراجح فيما إذا قتلت الأَمَة نفسها الوجوب، وهو مخالف لما في الكتاب، ولما سبق عن النصِّ، وليس مراده ذلك، فإن حكم قتلها نفسها حكم قتل السيد، على ما صرَّح به من قبل، وإن كان بعضهم فرَّق بينهما؛ فاعلم.

فرعان: إذا قتل الأَمَة أجنبي، وقلنا: يستقر المهر على المذهب، ففي «شرح الجيليِّ» عن عبد الجبار البصري أنه حكى في «شرح المختصر»: أن الزوج يرجع به عليه، قال: وهو غريب لم يذكره غيره، إذا قلنا: يسقط المهر بقتل السيد، فتزوج رجل أَمَة والده، ثم وطئها الأب قبل الدخول.

قال الْبَغَوِيُّ: وجب أن يسقط المهر؛ لأن قطع النكاح جاء من مستحق المهر قبل الدخول.

قال: **(لَوْ بَاعَ مُزَوَّجَةً فَالْمَهْرُ لِلْبَائِعِ)** أي: سواء كان المسمى صحيحًا أم فاسدًا جرى الدخول قبل البيع، أم بعده؛ لأنه لزم بالعقد، والعقد كان في ملكه، نعم! يستثنى ما لو فوضها، ثم جرى الفوض أو الدخول بعد البيع، فالمفروض أو مهر المثل للمشتري على الأصح؛ لوجوبه في ملكه، قالا: ولو

فَإِنْ طَلُقَتْ قَبْلَ دُخُولٍ فَنِصْفُهُ لَهُ.

وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ بِعَبْدِهِ لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ].

مات أحد الزوجين بعد البيع، وقبل الفرض والدخول، وحكمنا بوجوب المهر، ففي من له المهر هذا الخلاف ولو طلقها بعد البيع، وقبل الفرض والدخول، فالمتعة للمشتري، ولو أعتقها فالمهر على التفصيل في البيع، إن جعلناه للمشتري فهو للعتيقة، وهذا كله، وما قبله في النكاح الصحيح، فلو نكحها فاسدًا، ثم باعها، ثم وطئها الزوج فمهر المثل للمشتري؛ لأنه وجب بوطء وقع في ملكه، وإن وطئ قبل البيع فهو للبائع؛ لما ذكرناه.

قال: **(فَإِنْ طَلُقَتْ قَبْلَ دُخُولٍ فَنِصْفُهُ لَهُ وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ بِعَبْدِهِ لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ)** لأن السيد لا يجب له على عبده دين بدليل جنايته عليه، وإتلافه، هذا هو المذهب المشهور، وقيل: يجب، ثم يسقط، ولو أعتقها السيد أو أحدهما فلا مهر بحال، وإن جرى الدخول بعد العتق؛ لأن المهر لم يثبت في الابتداء، فلا يثبت بعده.

قال الشيخ أبو علي: ويجوز أن يقال: إذا أعتقها، أو أعتقه، ثم دخل بها يجب المهر، وإن لم يجب ابتداءً كما في المفوضة، ولا يأتي هذا الاحتمال، إذا قلنا: إنه وجب ثم سقط، كما لو أبرأت عنه، ثم دخل.

فرع: يستثنى مما أطلقه المكاتب كتابةً إلى بعضه؛ الحر كالحر يجب قسطه، ولم أر فيه نقلًا، وبالله التوفيق.

يتلوه كتاب الصداق في الحُر والذي يليه، وحسبنا الله ونعم الوكيل، وصلى الله على سيدنا محمد ﷺ.

فهرس المحتويات

QŪT AL-MUḤTĀJ FĪ ŠARḤ AL-MINHĀJ

BY

SHIHAB ADDIN ABOU AL-ABBAS
AHMAD BIN HAMDAN AL-ATHRO'I
(D. 783 H.)

EDITED BY

EID MOHAMMED ABDELHAMEED

